UNIVERSITÉ D'ALGER — FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1941 — N° 2

LA PREUVE CIVILE
PAR PIÈCES
DE PROCÉDURE PÉNALE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 19 Mai 1941

PAR

GIRAUD Marcel, Armand

Né à Khenchela (Constantine), le 28 Avril 1912

MEMBRES DU JURY :

MM. BRETON..... Président.
RODIÈRE..... } Suffragants.
COSTE-FLORET..... }

ALGER
IMPRIMERIE BACONNIER
1941

Censure N° 3551

UNIVERSITÉ D'ALGER — FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1941 — N° 2

LA PREUVE CIVILE
PAR PIÈCES
DE PROCÉDURE PÉNALE

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 19 Mai 1941

PAR

GIRAUD Marcel, Armand

Né à Khenchela (Constantine), le 28 Avril 1912

MEMBRES DU JURY :

MM. BRETON..... Président.
RODIÈRE..... } Suffragants.
COSTE-FLORET..... }

ALGER
IMPRIMERIE BACONNIER
1941

UNIVERSITÉ D'ALGER

Faculté de Droit

MM.	CHAUVEAU, I. ✪.....	Doyen, Professeur de Droit commercial.
	VIARD, ✪	Assesseur du Doyen, Professeur de Législation algérienne.
	MILLIOT, ❋, I. ✪...	Professeur de Droit musulman.
	MALLARMÉ, I. ✪	Professeur de Droit administratif, en congé.
	BIENVENUE, I. ✪....	Professeur de Droit public.
	GAFFIOT, ✪	Professeur d'Economie politique.
	BRETON, ✪	Professeur de Droit civil.
	BERGER-VACHON, ✪..	Professeur de Droit criminel.
	BOUSQUET, ✪	Professeur d'Economie politique.
	ROUSSIER, ✪	Professeur de Droit romain.
	RODIÈRE	Professeur de Droit civil.
	CAPITANT ✪	Professeur de Droit public.
	LE BRETON	Agrégé.
	COSTE-FLORET	Agrégé.
	LAMBERT	Chargé des fonctions d'agrégé.
	RAY	Chargé des fonctions d'agrégé.

PELTIER, ❋, I. ✪... Professeur honoraire.

NOTA. — La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MES PARENTS

LA PREUVE CIVILE

PAR PIÈCES DE PROCÉDURE PÉNALE

INTRODUCTION

Le problème de la preuve civile par pièces de procédure pénale n'est pas nouveau. Il a donné lieu à des décisions au lendemain de la promulgation des codes napoléoniens. Il en provoque aujourd'hui. Cette preuve est d'application quotidienne et de grande utilité pratique. Deux exemples suffiront à le montrer.

Un homme marié fait l'objet de poursuites pour adultère ; la procédure d'instruction est close sur une ordonnance de non-lieu portant que l'adultère, commis par le mari, ne l'a pas été au domicile conjugal ; mais l'épouse trompée intente une action en divorce pour injures graves, et prétend verser aux débats le dossier de l'information criminelle. — Un commerçant emprunte une certaine somme d'argent pour les besoins de son commerce, et, sans qu'il soit dressé d'écrit, donne en gage à son créancier divers effets d'habillement ; une information est ouverte contre le créancier gagiste sous la prévention d'abus de confiance ; cette information est close par une ordonnance de non-lieu ; le débiteur, qui agit au civil en restitution des objets donnés en gage, veut y faire état des pièces pénales, d'où résulterait la preuve du gage.

On voit tout de suite les avantages qui résulteront de ce procédé : très souvent, des lenteurs et

des frais seront évités ; on n'aura plus à redouter de défaillances ou de variations de témoins, ni à déplorer le dépérissement de la preuve.

***

Le problème présente donc un incontestable intérêt, accru et non affaibli par le temps. La jurisprudence en fait foi. Pourtant, si l'on met à part les travaux de praticiens auxquels la question se posait directement, on constate que la doctrine n'a fait que l'effleurer, sans doute parce que, commune à plusieurs matières, elle ne s'intégrait particulièrement à nulle d'entre elles. Les titres des tables des recueils illustrent cette affirmation, puisque avant d'y lire : preuve en matière civile, preuve en matière criminelle, on y voit : preuve en général (1). Aussi avons-nous pensé qu'il pourrait être profitable de consacrer à ce problème de plus amples développements que ceux dont il avait fait l'objet jusqu'alors.

***

Notre étude comportera trois parties.

Dans la première, nous poserons et limiterons le sujet. Notre premier soin portera sur la définition des pièces. Disons tout de suite que toutes les pièces de la procédure, depuis la plainte qui l'inaugure jusqu'au jugement ou à l'arrêt définitif qui la clôt, sont susceptibles d'être versées, et en fait l'ont été, dans un débat civil. Un mot, précisément, des décisions définitives, dont la mention est nécessaire pour justifier pleinement notre titre. On verra que nous n'admettons pas la preuve par juge-

(1) V. Gaz. Pal., Table analytique et Répertoire universel de la Jurisprudence française.

ments et arrêts d'acquittement, pas plus que nous ne l'admettons par ordonnances et arrêts de non-lieu. Sur les jugements et arrêts de condamnation, nous dirons fort peu de chose — bien qu'ils fassent au civil une preuve absolue, — parce que sur l'autorité de la chose jugée, dont ils sont doués, tout ou peu s'en faut a déjà été écrit. — Nous verrons ensuite comment la façon dont le Code d'instruction criminelle règle les rapports de l'action publique et de l'action civile, la conception étroite de celle-ci, l'existence à côté d'elle d'actions à fins civiles échappant à la compétence des juridictions criminelles, ont fait aux plaideurs une nécessité ou leur ont inspiré le désir de se servir, dans un intérêt privé, des pièces de procédure pénale.

Nous laisserons systématiquement de côté tout ce qui n'est pas pièce pénale d'une part, action en réparation de dommage ou action privée portée devant les tribunaux civils d'autre part. Nous exposerons en leur temps les raisons de notre attitude. Nous ne parlerons pas de certaines pièces dont le libre usage, dans un débat civil, dérive implicitement ou expressément de la loi. Ainsi la loi du 9 avril 1898 prévoit la transmission de l'enquête mi-administrative, mi-judiciaire, à laquelle s'est livré le Juge de paix en matière d'accident du travail, au Président du Tribunal qui homologuera l'accord des parties, et, éventuellement, au Tribunal, qui fixera l'indemnité forfaitaire. Ainsi encore la loi du 2 juillet 1931, qui prévoit que l'action en dommages-intérêts pour abus de constitution de partie civile sera portée devant la Chambre du Conseil du Tribunal Correctionnel, implique que le dossier de l'information sera versé aux débats. Les raisons *formelles* de notre exclusion sont, dans le premier cas, qu'il ne s'agit pas de pièces strictement répressives, mais de pièces

mi-administratives, mi-judiciaires, d'une action en réparation de dommage du droit commun, mais d'une action reposant sur le principe du forfait ; dans le second cas, qu'il ne s'agit pas d'une action portée devant le Tribunal Civil, mais devant le Tribunal Correctionnel siégeant en Chambre du Conseil. La raison *profonde* de notre exclusion est, dans l'un et l'autre cas, que, là où existe un texte ne mettant à la production aucune condition, imposant même une production sans condition, la discussion est inutile.

Ne craignons d'ailleurs pas d'ajouter que les hypothèses mêmes que nous soumettrons à l'examen feront tôt ou tard l'objet de dispositions légales. Le législateur est déjà entré dans cette voie par la loi d'amnistie du 12 juillet 1937, qui ordonne que soient versées aux débats civils les pièces d'une procédure interrompue par l'amnistie et qui, à notre avis, exclut de la production toute espèce de condition.

*
**

La deuxième partie de notre travail aura trait aux rapports de la preuve civile par pièces de procédure pénale avec l'organisation des juridictions répressives et l'instruction criminelle.

Les pièces pénales sont classées dans les greffes ou secrétariats des parquets.Comment vont-elles en sortir ? Pendant plus d'un siècle, la pratique s'est ingéniée à surmonter l'obstacle d'un texte laconique qui n'ouvrait les archives des parquets ou des greffes que dans des cas trop restreints. Ceci est maintenant à peu près réglé par la loi, qui confère un pouvoir d'autorisation aux membres du Ministère public. Nous insisterons sur cette autorisation parce qu'en ce qui la concerne, on peut dégager un

certain nombre de règles fermes et pratiques, et parce que cet acte, accompli avec tout le soin qu'il requiert, permet ensuite une admission plus facile de la preuve par pièces pénales.

Quant au secret de l'instruction, nous verrons que l'on a essayé d'y rattacher (comme on l'a fait d'ailleurs pour l'autorisation) l'exigence jurisprudentielle du consentement de l'adversaire à la production des pièces d'une procédure close par une décision de non-lieu, et nous ferons la critique de ce point de vue.

⁂

Dans la troisième partie, nous considérerons le sujet dans ses rapports avec le droit et la procédure civils. Comme pour l'autorisation, cette étude nous permettra de dégager quelques règles précises, concernant la procédure à suivre pour produire au civil des pièces pénales, que cette production soit l'œuvre du Juge, du Ministère public ou des parties privées.

Nous verrons les moyens dont dispose l'adversaire, lorsque les pièces ont été régulièrement versées aux débats, pour contester la réalité des faits qu'elles mentionnent.

Nous comparerons ensuite les règles du Code de procédure et celles du Code d'instruction criminelle pour voir si, encore que les pièces pénales soient produites en un débat civil qui, cette production mise à part, se déroule suivant ses normes propres, il ne subsiste pas quelque profonde antinomie,quelque irréductibilité entre les règles pénales et les règles civiles de la preuve. Nous serons ainsi conduit à prendre parti sur le point de savoir si le consentement de l'adversaire peut être rattaché à cette incompatibilité.

Enfin nous essaierons de mettre un peu d'ordre, de rétablir des rapports logiques entre l'admissibilité, l'administration, la force probante de la preuve par pièces pénales, questions qui semblent avoir été compliquées à plaisir, ces dernières années surtout. Nous tâcherons de revenir à une vue exacte et simple de la matière. C'est de telles vues que la pratique judiciaire a besoin.

PREMIERE PARTIE

POSITION ET LIMITES DU SUJET

CHAPITRE Ier

POSITION DU SUJET

Pour que le problème de la preuve civile par pièces de procédure pénale se pose, deux conditions sont nécessaires.

1° Il doit s'agir d'éléments ou moyens de preuve recueillis ou de décisions prises par des autorités qualifiées, au sujet de certains faits. Peu importe que ces faits aient été retenus comme infractions à la loi pénale par les juridictions répressives — hypothèse de condamnation —, ou qu'ils ne l'aient été ni à l'instruction, — hypothèse d'ordonnance ou d'arrêt de non-lieu —, ni plus tard — hypothèse d'acquittement —, ou même qu'il n'y ait pas eu d'information proprement dite, mais une simple enquête officieuse. Il suffit qu'on se soit demandé s'ils ne constitueraient pas un délit pénal et que des recherches aient été faites à leur sujet. Toutes ces hypothèses ne présentent d'ailleurs pas, nous le verrons, le même intérêt pratique.

2° Il doit s'agir, en second lieu, d'une action portée devant les juridictions civiles, et telle que les moyens de preuve ci-dessus définis puissent être utiles — parce que concluants — soit à celui qui intente l'action, soit à celui qui y défend.

Il ne sera fait appel ici aux notions classiques, amplement développées dans les traités d'instruction criminelle, que dans la mesure rendue nécessaire par les données de la jurisprudence.

SECTION 1re

Les éléments de preuves recueillis et les décisions rendues par les Autorités qualifiées

Parmi les autorités qualifiées pour recueillir les preuves figurent, en matière pénale, les officiers de police judiciaire, les autorités de poursuite, d'instruction et de jugement. Aux autorités d'instruction incombe, plus particulièrement, mais non exclusivement, l'élaboration ou la réunion des divers éléments de preuve. Aussi allons-nous passer toutes ces autorités en revue, et fixer leur part respective dans l'instruction des affaires.

Notons, au préalable, que le Procureur de la République et la police judiciaire n'interviennent dans cette œuvre qu'avant l'ouverture de l'information régulière.

Sont qualifiés, par ailleurs, pour rendre des décisions de caractère juridictionnel, le Juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation, *juges de l'instruction,* et les juridictions répressives : tribunaux de simple police, tribunaux cor-

rectionnels, chambres des appels correctionnels, cours d'assises.

§ 1er. — *Les officiers de police judiciaire*

Ce sont :

1° Les officiers supérieurs : Le Procureur de la République et ses substituts, le Juge d'instruction. Le Juge d'instruction ne nous intéresse pas, en tant qu'officier de police judiciaire, puisque nous supposons qu'il n'est pas encore saisi. Quant au Procureur de la République, il ne nous intéresse qu'en tant qu'il reçoit ou sollicite les rapports et procès-verbaux des officiers inférieurs et auxiliaires, et qu'il dirige ainsi l'élaboration de la preuve officieuse, qu'il lui donne son impulsion.

2° Les officiers auxiliaires du Procureur de la République : juges de paix, officiers de gendarmerie, commissaires de police, inspecteurs de police mobile et spéciale (art. 9, 46, 50 C. I. C.).

3° Les officiers de police judiciaire inférieurs : Ils se bornent à constater certaines contraventions de police et certains délits spéciaux : gardes champêtres des communes et particuliers, gardes forestiers de l'Etat, des communes et particuliers. Il n'y a pas de décision civile basée sur leurs procès-verbaux.

4° Les agents et préposés des Administrations publiques. Il n'y a pas, non plus, de décisions.

Les officiers auxiliaires informent ou diligentent de deux façons différentes :

A. — Sur réquisitions, nous l'avons vu, du Procureur de la République. Leurs actes ont alors pour but d'éclairer le Ministère public sur l'oppor-

tunité d'exercer son action, et, dans le cas où il croit devoir l'exercer, sur le choix de l'une des deux voies qui s'offrent à lui : la citation directe, la saisine du juge d'instruction. S'il use de la citation directe, ces actes officieux constitueront la seule instruction préalable, instruction légalement dénuée de valeur. S'il saisit le juge d'instruction, ces actes constitueront, à côté de l'enquête officielle, le dossier de l'enquête officieuse qui, nous pouvons l'annoncer déjà, n'est point considéré par la jurisprudence comme couvert par le secret de l'instruction. Si, enfin, le Procureur s'abstient d'agir, ces mêmes actes constitueront la matière des *dossiers classés sans suite,* dont la loi règle la délivrance d'expéditions ou copies.

B. — En dehors de ces circonstances, où le Procureur de la République conduit sans forme de procès son enquête personnelle, existent d'autres circonstances où les officiers de police portent spontanément à sa connaissance des faits qui leur paraissent contrevenir à la loi. Les officiers de police et d'autres agents qui ne le sont pas : les sous-officiers, brigadiers de gendarmerie et gendarmes ; les agents de police, sergents de ville, appariteurs ou gardiens de la paix. Or, ces agents, que la nature de leurs fonctions, essentiellement actives, appelle et retient sur les lieux mêmes où se produisent les faits définis ci-dessus, dressent, notamment en matière d'accidents d'automobile, des procès-verbaux de grande importance pratique, dont il sera souvent parlé.

§ 2. — *Les Autorités de poursuite*

Nous n'insisterions pas davantage sur la contribution des autorités de poursuite à l'instruction des affaires, si, dans l'hypothèse de flagrant délit, le

Procureur de la République n'agissait pas, non comme un officier de police judiciaire, et, si l'on peut ainsi s'exprimer, dans la coulisse, mais comme un véritable magistrat instructeur (art. 32 à 46 C. I. C., loi du 20 mai 1863). La procédure des flagrants délits est en effet spéciale, de par la confusion de la poursuite et l'instruction. En réalité, au cas de délit, et non de crime flagrant, l'instruction par le Procureur de la République se borne à un interrogatoire de l'inculpé, qui se fait au « petit Parquet ». Mais, où nous revenons d'ailleurs à la police judiciaire, il arrive que cet interrogatoire ait été précédé d'actes officieux d'information, si, par exemple, l'individu arrêté en état de flagrant délit a été conduit devant le commissaire de police, avant d'être présenté au Parquet. Et le procès-verbal dressé en suite de l'interrogatoire par le commissaire de police, pourra être, à l'occasion, produit dans un débat civil (1).

§ 3. — *Les Autorités d'instruction*

Ce sont le Juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation, qui peut ordonner des suppléments d'information.

Le juge d'instruction est le grand artisan de la preuve régulière. Un des arguments fournis en faveur de la preuve civile par pièces de procédure pénale consiste dans les pouvoirs très étendus conférés au juge d'instruction par la loi, pouvoirs auxquels ne saurait prétendre le juge civil (2). D'un côté, en effet, une large initiative dérivant de l'office même du magistrat instructeur, et seu-

---

(1) Cass. Req., 8 Août 1900. D. 1902.1.267.

(2) V. Demontès, L'action « ad exhibendum » en droit français moderne. Essai sur le droit à la preuve. Thèse Paris 1922, p. 201.

lement tempéré par ceci que le juge saisi *in rem* ne peut, de sa propre initiative, étendre l'instruction à un fait nouveau et distinct. De l'autre, la neutralité, la nécessité, au moins de principe, de ne prendre de mesures d'instruction qu'à la demande des parties et dans les limites qu'elles fixent. D'une part, les plus vastes moyens d'investigation. De l'autre, des moyens restreints, qui ne sont souvent que ceux dont disposent les simples particuliers. Si bien que la preuve « préconstituée » qui gît dans le dossier d'une information close, par exemple, par une ordonnance de non-lieu aurait plus de chances de conduire à la découverte de la vérité qu'une ou plusieurs mesures d'instruction suivant les formes du Code de procédure sollicitées du juge civil. Cet argument a sa valeur. Nous devions le signaler au passage.

Le juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation rendent, par ailleurs, des ordonnances ou arrêts de renvoi ou de non-lieu. Les premiers, qui se bornent à saisir la juridiction de jugement, sont pour nous dénués d'importance. Sur les seconds, il convient de nous arrêter un instant.

Nous verrons (inf. p. 36) qu'ils n'ont pas, au civil, l'autorité de la chose jugée. Le juge civil jouit donc, à leur égard, d'une entière liberté, et peut traiter les pièces de l'information comme des preuves fraîches, abstraction faite de l'opinion du juge de l'instruction. Mais, pour des raisons qui seront exposées plus loin, la Chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 28 avril 1937, a au contraire considéré que la Cour de Toulouse avait valablement pu faire abstraction des pièces du dossier, pour s'en tenir à l'arrêt de non-lieu d'où résultait qu'un adultère, commis par le mari, ne l'avait pas été au domicile

conjugal (1). Nous désapprouvons cet arrêt qui, indirectement, confère à une décision de non-lieu une autorité préjudiciable à la personne en faveur de qui elle a été rendue. Nous désapprouvons, par suite, l'usage, qui pourrait être ainsi fait, de décisions de non-lieu comme moyens de preuve.

§ 4. — *Les Autorités de jugement*

L'examen de la jurisprudence révèle que la question de la preuve civile par pièces de procédure pénale s'est surtout posée à propos de pièces tirées d'enquêtes officieuses ou d'informations préalables. Pour nous en tenir à la preuve régulière, dont le juge d'instruction est, nous l'avons dit, le grand artisan, l'instruction à l'audience apparaît le plus souvent comme un récolement, une affirmation orale, une discussion et une critique des preuves recueillies au cours de l'instruction préalable. Néanmoins, qu'il s'agisse de contraventions, de délits ou de crimes, les autorités de jugement ont la faculté d'intervenir, et interviennent souvent en fait dans la recherche de la preuve, soit par des mesures spéciales, soit, généralement, par des suppléments d'information.

On sait que la justice répressive est rendue par les tribunaux de simple police, qui relèvent, par la voie de l'appel, des tribunaux correctionnels, par les tribunaux correctionnels, relevant eux-mêmes des Chambres des appels correctionnels, enfin par les Cours d'assises.

1° Les tribunaux de simple police, et les tribunaux correctionnels, juridictions d'appel : En matière de simple police, il n'y a pas d'instruction préparatoire. L'instruction doit avoir lieu à l'au-

(1) G. P. 1937.2.87.

dience. La preuve des contraventions y sera faite par procès-verbaux, rapports ou témoignages (art. 154 C. I. C.). Toutefois, la loi a prévu l'hypothèse où certaines mesures urgentes ne pourraient être différées, et où certaines constatations ne pourraient être faites à l'audience. Aussi l'art. 148 C. I. C. dispose-t-il que « avant le jour de l'audience, le juge de paix pourra, sur la réquisition du Ministère public ou de la partie civile, estimer ou faire estimer les dommages, dresser ou faire dresser des procès-verbaux, faire ou ordonner tous actes requérant célérité ». — Le greffier tient des notes d'audience où sont consignées les principales déclarations des témoins (art. 155 C. I. C.). — Enfin, le juge de paix peut prendre les mêmes mesures d'instruction que le tribunal correctionnel (v. inf. 2°).

En appel « les témoins pourront être entendus de nouveau, et il pourra même en être entendu d'autres (art. 175 C. I. C.) ». Le tribunal correctionnel aura la faculté d'ordonner, en cas de procédure irrégulière, un supplément d'information (1).

2° Les tribunaux correctionnels, juridictions de première instance, et les chambres des appels correctionnels : La saisine du tribunal correctionnel est, suivant les cas, précédée ou non d'une instruction préparatoire. Mais le tribunal peut toujours prendre diverses mesures telles qu'expertises, transports sur les lieux, suppléments d'information, dont il charge un de ses membres. Comme en simple police, le greffier tient note des déclarations des témoins, et, de plus, des réponses du prévenu (art. 189 C. I. C.).

---

(1) G. Le Poittevin. Code d'instruction criminelle annoté. 1911-1915. T. 1er, Art. 176, p. 714. 93 c.

En appel, l'instruction est en principe la même que celle qui est faite à l'audience, sur l'appel des jugements de simple police (art. 211 C. I. C.). Les témoins déjà entendus pourront ou même devront être entendus derechef. La Cour appréciera s'il y a lieu ou non d'en entendre de nouveaux. Aucune disposition de loi ne lui interdit d'ordonner une instruction complémentaire et par écrit, lorsqu'elle trouve que l'instruction déjà faite n'est pas suffisante (1).

3° Les cours d'assises : Avant l'ouverture des débats, le Président des assises peut, d'après les art. 301 et 303 C. I. C., procéder à un supplément d'instruction qu'il accomplit soit directement, soit en déléguant un de ses assesseurs, un juge d'instruction ou un autre officier de police judiciaire.

A l'audience, des mesures d'instruction peuvent être prises soit par le Président, agissant en vertu de son pouvoir discrétionnaire (art. 267 C. I. C.), soit par la Cour. Le pouvoir discrétionnaire du Président répond au besoin d'une prompte solution, sans renvoi de l'affaire, des incidents relatifs à la recherche de la preuve survenus en cours d'audience. Néanmoins, la Cour peut motiver le renvoi par la nécessité de procéder à des actes d'instruction supplémentaire (art. 406 C. I. C., sol. impl.).

Ces précisions apportées sur la participation originale des juridictions de jugement à l'instruction des affaires, il convient d'examiner si les décisions d'acquittement ou de condamnation peuvent faire preuve au civil.

Les décisions de condamnation y font autorité. Elles y apportent des éléments de preuve irréfra-

(1) G. Le Poittevin, op. cit., art. 211, p. 981, 64.

gables (v. inf. p. 34), et on s'explique que la question de leur production ait provoqué plusieurs circulaires du Garde des Sceaux, et une littérature abondante (v. inf. p. 90 et s.).

Par contre, les décisions d'acquittement sont en principe dépourvues d'autorité sur le civil. Or, écrit M. Hébraud, « on peut utiliser au civil comme preuve le jugement pénal lui-même, lorsque ce jugement n'a pas, au civil, l'autorité de la chose jugée. Doctrine et jurisprudence s'accordent, en effet, à reconnaître cette possibilité. Mais sa justification est assez délicate. Il paraît bien difficile de séparer ici la preuve invoquée et le procès pénal : il ne s'agit plus, en effet, d'un titre de preuve extérieur, au moins virtuellement, au procès où il est produit, mais du jugement lui-même où se résume tout le procès pénal (1) ». M. Hébraud justifie pourtant cette solution par l'argument tiré de la preuve par présomption. Cette preuve, telle qu'elle est entendue par la jurisprudence, fera l'objet de longs développements (v. 3e partie). Qu'il nous suffise de dire ici :

a) que l'intérêt de la question est très mince (il n'existe pas, dans la jurisprudence, d'autre trace de la preuve par jugements dépourvus d'autorité que les deux arrêts anciens cités par M. Hébraud (2), et comparables à l'arrêt que nous avons nous-même cité (sup. p. 21) à propos des décisions de non-lieu) ;

b) que cette preuve contrevient en fait, selon nous, et quoi qu'on en ait dit, aux principes de l'autorité de la chose jugée ;

c) qu'on ne voit pas du tout pourquoi il serait

(1) Pierre Hébraud, l'Autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Thèse Toulouse 1929, p. 269.

(2) Req. 19 Nov. 1828, S. 1828.1.71. Orléans, 26 Août 1840, D. Rep. V° chose jugée, n° 549.

fait état de telles décisions, et, par suite, d'une preuve par présomptions, par conjectures, ou encore indirecte (la preuve ainsi tirée de la décision correspondant bien à la définition que nous adopterons de la preuve par présomptions), quand on peut disposer des pièces de l'information au complet.

SECTION 2me

L'action portée devant la Juridiction civile

Les actions portées devant les tribunaux civils, à la suite de faits ayant donné lieu à une information, entrent dans l'une des deux catégories suivantes : Ce sont ou bien des actions en réparation de dommages, ou bien des actions dites « à fins civiles ». Elles se définissent, en somme, par leur objet.

§ 1er. — *Les actions en réparation de dommages*

Elles trouvent leur cause dans un délit ou quasi-délit civil, c'est-à-dire un fait illicite et dommageable sur lequel il a été d'autre part informé. Ceci dit, il faut étudier :

1° leur objet ;

2° les hypothèses dans lesquelles des pièces de procédure pénale y pourront être produites ;

3° la règle « le criminel tient le civil en état », dans ses rapports avec la production des pièces de procédure pénale.

1° Objet des actions en réparation de dommages.

L'art. 10 C. Pén. prévoit :

A — Des restitutions : M. P. Garraud nous donne les deux acceptions de ce terme. « Ordinairement les restitutions dont s'occupe la loi, et qu'elle oppose aux dommages-intérêts, ont pour cause unique le droit de propriété ou de possession reconnu à la partie lésée sur les choses qui lui ont été soustraites, alors que ces choses sont retrouvées en nature et mises sous la main de justice » (1). C'est la réparation directe.

Dans une acception plus large, on entend par restitution une opération analogue à l'*in integrum restitutio* romaine, consistant à remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient avant l'accomplissement du fait dommageable : annulation des actes supris ou extorqués, suppression ou réformation des actes déclarés faux, fermeture de l'officine où s'est exercée illégalement la pharmacie, etc., etc. Les restitutions ainsi entendues ont trait aux actions dites à fins civiles.

B. — Des dommages-intérêts qui comprendront deux éléments : le *lucrum cessans ;* le *damnum emergens.* C'est la réparation indirecte ou par équivalent.

2° Hypothèses dans lesquelles se pose le problème de la production de pièces de procédure pénale dans un débat civil.

Ces hypothèses coïncident avec les causes d'extinction de l'action publique.

Les causes d'extinction de l'action publique sont : le décès du prévenu, la prescription, la chose

---

(1) Précis de Droit Criminel, 15e éd., p. 668, 669.

jugée, l'amnistie, l'abrogation de la loi qui prévoyait l'infraction. Il nous faut étudier, pour chacune d'elles, si elle laisse subsister l'action civile devant la juridiction répressive, auquel cas la question de la production ne se posera pas (à moins que la personne lésée n'ait d'abord saisi la juridiction civile — v. inf. 3° —), ou si elle exclut au contraire la personne lésée de la voie criminelle, cas auquel cette personne sera contrainte de porter son action devant les tribunaux civils, et où le problème de la production *pourra* se poser. Réservons d'ailleurs tout de suite l'hypothèse de prescription qui, fermant la voie criminelle à la personne lésée, *peut* lui fermer aussi la voie civile, et l'hypothèse de chose jugée, qui n'intervient pas seulement pour éteindre l'action publique, mais aussi, dans certains cas, pour faire autorité au civil, de sorte que ce n'est plus seulement une question de procédure qui est en jeu, mais la question même de la preuve.

A — Le décès du prévenu : la partie lésée conserve toujours le droit d'introduire devant la juridiction civile son action contre les représentants du prévenu décédé, à condition que cette action ne soit pas elle-même éteinte. Mais, *question : En quoi le décès du prévenu va-t-il la contraindre, au cas où elle avait choisi la voie criminelle, de recourir à la voie civile, hypothèse où il peut être utile de produire les pièces de procédure pénale* ?

D'une part, pour que le décès joue comme cause d'extinction de l'action publique, il faut, si un arrêt ou jugement a déjà été prononcé, qu'il ne soit pas devenu définitif par l'expiration des délais d'opposition ou d'appel, ou de pourvoi en cassation, ou par le rejet du recours formé contre cette

décision. Sans cela, l'action publique aurait été préalablement éteinte par la chose jugée.

Mais, d'autre part, quoique l'action civile ne puisse être portée devant les tribunaux de répression qu'accessoirement à l'action publique et que celle-ci soit éteinte par le décès du prévenu dans les conditions sus-visées, la partie civile qui avait opté pour la voie criminelle n'en est pas pour autant rejetée en tout cas. Il faut et il suffit, pour qu'elle puisse poursuivre la procédure, qu'avant le décès un jugement ait statué au fond, tant sur l'action publique que sur l'action civile. « En effet, l'art. 202 C. I. C., qui autorise la partie civile à appeler de ce jugement, quant à ses intérêts civils, donne par cela même compétence à la Cour d'Appel pour statuer sur cet appel, quelle que soit la décision intervenue sur l'action publique, et alors même que cette dernière action échapperait à la connaissance de la Cour, par suite du défaut d'appel du Ministère public ou du prévenu » (1). Et en note : « Ce principe doit être pareillement appliqué lorsque l'action publique vient à s'éteindre par le décès du prévenu au cours de l'instance d'appel, puisque, aux termes des art. 173 et 203, l'appel ne fait que suspendre l'exécution du jugement de première instance, ce qui rend nécessaire de statuer sur les intérêts civils. » Dans ce cas, l'action civile devient indépendante.

Règle : *Au cas de décès du prévenu, la partie civile qui avait opté pour la voie criminelle est contrainte à recourir à la voie civile, et par suite, amenée à y produire des pièces de procédure pénale, si un jugement n'a pas déjà statué au fond, tant sur l'action publique que sur l'action civile.*

---

(1) G. Le Poittevin, L. Saint-Laurens. Dictionnaire-Formulaire des Parquets et de la Police judiciaire, T. I., A-C, éd. 1938, p. 159, et les arrêts cités.

B — La chose jugée :

Nous n'avons pas à faire ici une étude complète de la chose jugée dans ses deux aspects, c'est-à-dire en tant qu'elle éteint l'action publique, et en tant qu'elle fait autorité sur le civil. Ce sont là deux théories complexes, qui excéderaient le cadre de ce traité, et dont toutes les parties ne présentent pas pour nous un égal intérêt (1).

a) La chose jugée, cause d'extinction de l'action publique.

Il convient de distinguer les décisions des juridictions de jugement, de celles des juridictions d'instruction.

α — Les décisions des juridictions de jugement.

Ce sont ou bien des décisions de condamnation, ou bien des décisions d'acquittement.

Dans l'hypothèse de condamnation, si la personne lésée ne s'est pas portée partie civile devant la juridiction répressive, *la voie civile lui demeure seule accessible.* Les juges répressifs auraient pu être saisis des intérêts civils. Ils étaient compétents pour en connaître. Mais, par le prononcé de la sentence pénale, ils ont épuisé leur juridiction. Une circonstance de fait a mis obstacle au règlement par ces juges de la question des intérêts civils : l'inaction de la personne lésée.

Dans l'hypothèse d'acquittement, ce n'est plus une question de fait qui se pose, mais une question

---

(1) Sur l'autorité au civil de la chose jugée au criminel, v. Griolet, De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle ; Lacoste et Bonnecarrère, De la chose jugée, 3e éd.; René Gros, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil et la notion de faute, Thèse Montpellier 1928 ; Neiger, L'influence de la chose jugée au criminel sur le procès civil en matière de responsabilité délictuelle, Thèse Paris 1929; la thèse de M. Hébraud, précit., etc., etc.

de compétence. Les tribunaux de répression sont désormais incompétents pour statuer sur l'action civile qui a été intentée devant eux (art. 159, 191, 212 C.I.C.). Cela se vérifie tout au moins pour les tribunaux de police et correctionnels, car si les art. 159 et 191 sont obscurs, l'art. 202 est suffisamment clair et ne vise que les dommages-intérêts prétendus par le prévenu (Jurisprudence constante conforme). La Cour d'assises demeure au contraire compétente pour connaître des intérêts civils. Donc, règle : *Au cas d'acquittement, et sauf en ce qui concerne la Cour d'assises, la partie civile, qui avait opté pour la voie criminelle, est contrainte à recourir à la voie civile, et, par suite, prétendra y produire des pièces de procédure pénale.*

β — Les décisions des juridictions d'instruction.

Ce sont ou bien des décisions de renvoi devant une juridiction de jugement, ou bien des décisions de non-lieu. Il n'y a rien de particulier à dire des premières, qui n'ont pas d'effet extinctif. Quant aux secondes, qui ont, en notre matière, une grande importance pratique et ont provoqué de multiples décisions, il convient de nous y arrêter un instant.

Les ordonnances ou arrêts de non-lieu sont motivés soit en fait, soit en droit. En fait, par l'insuffisance de charges, ou l'absence d'un des éléments constitutifs de l'infraction. En droit, par une fin de non-recevoir opposée à l'action publique : défaut de qualification pénale du fait poursuivi; existence d'une décision antérieure ayant autorité de chose jugée; amnistie intervenue pour effacer le délit; prescription de l'action publique. Ces décisions, quels que soient les motifs, de droit ou de fait, sur lesquels elles sont basées, n'ont, au pénal, qu'une autorité provisoire. Elles « ne valent qu'eu égard à l'état où l'affaire s'est présentée au

juge qui les a rendues, elles peuvent être revisées, au moins pendant un certain délai, si les circonstances viennent à changer ». (1).

Néanmoins, la réouverture de l'action publique, quoique toujours possible, reste toujours hypothétique. Aussi s'explique-t-on que la personne lésée n'attende pas cette réouverture pour demander la réparation du dommage qu'elle a subi. Par ailleurs, en cas de non-lieu, la connaissance des intérêts privés ne compète pas plus à la juridiction répressive, qu'en cas d'acquittement, parce que cette juridiction, qui n'est même pas saisie du pénal, ne peut, *à fortiori,* connaître du civil. De sorte qu'ici encore, la personne lésée ne peut porter son action que devant les tribunaux civils. Règle : *au cas d'ordonnance ou d'arrêt de non-lieu, la personne lésée, qui s'était portée partie civile à l'instruction, doit avoir recours à la voie civile où elle voudra produire les pièces de procédure pénale.*

Rappelons que la production, dans un débat civil, de pièces de procédures closes sur ordonnance ou arrêt de non-lieu a souffert quelque difficulté du fait qu'une partie de la jurisprudence

---

(1) Pierre Hébraud, op. cit., p. 126. M. Hébraud ajoute : « La survenance de charges nouvelles peut détruire toutes les ordonnances de non-lieu, sur quelque motif qu'elles se fondent, à condition, bien entendu, d'être pertinentes, et de s'attaquer directement à la raison même du non-lieu : s'il est basé sur l'insuffisance de charges, il suffira d'apporter des preuves nouvelles de culpabilité ; s'il est basé sur l'existence d'une décision antérieure ayant autorité de la chose jugée, il faudra que les charges nouvelles viennent différencier le fait incriminé de celui qui a fait l'objet de la première décision ; s'il est basé sur l'amnistie ou la prescription, il faudra que ces charges modifient la nature du fait de telle sorte qu'il cesse de rentrer dans les catégories de délits amnistiés ou que, le transformant en crime, il ne soit plus prescriptible que par dix ans, ou encore qu'elles retardent la date où aurait été commis le délit et par là le point de départ du délai de prescription, de manière qu'il ne soit pas encore entièrement écoulé. »

les a considérées comme couvertes par le secret de l'instruction et a, par suite, subordonné leur communication soit au consentement de la personne au profit ou à l'encontre de laquelle avait été rendue la décision, soit d'une façon plus générale à celui de la personne qui avait intérêt à la tenir secrète. Contre cette jurisprudence on a présenté l'argument que, dans le cas de non-lieu, subordonner la production à un consentement équivaudrait le plus souvent à priver la partie civile du seul bénéfice de sa constitution (1). Or, l'extinction de l'action publique, dont nous venons d'énumérer les causes, lui est extérieure. On ne peut lui reprocher nulle abstention, nulle négligence. Cette dernière observation doit être tempérée par une donnée de l'expérience : l'existence, à l'instruction, d'affaires dites « civiles », où la partie civile ne doutait pas de l'innocence de l'inculpé, et ne s'était constituée que pour se ménager une preuve en vue d'un débat futur (2). Sous cette expresse réserve, l'argument peut être admis sur le terrain de l'équité.

b) L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil.

---

(1) V. conclusions de M. Camboulives, G. P. 1937.1.199.

(2) M. Hébraud, parlant (op cit., p. 268) de la faculté pour le juge civil « d'utiliser la déposition d'un témoin qui aurait été reprochable dans une enquête civile à raison de sa parenté avec l'une des parties, mais que le droit pénal n'écarte pas, ou même de celui qui est actuellement partie au procès civil », ajoute (eod. loc. note 1) : « Il y a là un grave danger, car l'introduction d'une plainte devant la justice répressive offre ainsi un moyen relativement facile à un plaideur de tourner les règles civiles de la preuve ; mais comme le dit l'arrêt Boutroux lui-même (Orléans, 21 Juillet 1888, D. 1890.2.9) on devrait considérer qu'il y a fraude à la loi, et empêcher d'invoquer au civil le témoignage incriminé, si la poursuite pénale n'avait eu d'autre but que de rendre ce témoignage possible en vue de son utilisation ultérieure dans le procès civil. »

Nous n'avons étudié jusqu'ici la chose jugée qu'en tant qu'hypothèse procédurale. Il nous faut maintenant l'étudier dans son effet probatoire, dans sa force probante.

Quel est le but visé par le plaideur produisant des pièces pénales ? Faire la preuve de certains faits. La preuve par pièces pénales n'aura jamais qu'une valeur *relative* (v. inf. 3e partie). Par contre, « l'autorité de la chose jugée, écrit M. Hébraud, constitue une preuve irréfragable, une présomption *juris et de jure*, qui s'impose de façon absolue au juge civil et contre laquelle aucune autre preuve ne saurait prévaloir ; — ensuite cette force probante, se tirant du jugement lui-même, est indépendante des preuves qui ont été produites dans l'instance pénale et sur lesquelles s'appuie le jugement doué de l'autorité de la chose jugée : la décision est détachée de sa preuve. » (1). La production des pièces sera donc en principe inutile dans deux cas : celui où le fait contentieux est établi par une décision pénale ayant autorité sur le civil ; celui où ce fait est nié par une décision du même ordre.

La preuve par pièces de procédure pénale et l'autorité de la chose jugée s'excluent l'une l'autre. Dans la mesure où il n'y a pas chose jugée, les pièces pénales sont utiles ; le problème de leur production dans un débat civil se pose. Par contre, s'il y a chose jugée, les pièces pénales sont en principe inutiles. Reste à passer en revue les cas d'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Nous nous bornerons à donner les solutions généralement admises par la doctrine et la jurisprudence.

---

(1) V. Auteurs et décisions cités par M. P. Hébraud, op. cit., p. 121, note 3, et p. 122, note 2.

Il faut distinguer, ici encore, entre les décisions des juridictions d'instruction et celles des juridictions de jugement.

α. — Les décisions des juridictions de jugement.

Ces décisions condamnent ou acquittent.

Les décisions de condamnation démontrent l'existence de l'élément moral et du fait matériel nécessaires à la constitution du délit. Qu'il nous suffise de dire que tout délit pénal constitue *à fortiori* une faute civile, qui doit être reconnue par le juge civil. Les décisions de condamnation ont donc, au civil, l'autorité de la chose jugée (1). — Dans nos considérations générales sur la force probante respective des pièces de procédure pénale et de la chose jugée, nous avons dit que les pièces étaient en principe inutiles s'il y avait autorité de la chose jugée. Cela est surtout vrai de la chose jugée excluant l'action en réparation du dommage. Quand, au contraire, cette action est fondée sur la chose jugée, s'il suffit dans certains cas à la personne lésée de produire au civil une expédition du jugement ou de l'arrêt pénal, il lui sera opportun, dans d'autres cas, de produire les autres pièces de la procédure. Les éléments de décision du juge criminel peuvent être condensés, résumés dans les motifs. Le juge civil les retrouvera au complet dans le dossier. *En fait, la production de pièces de procédure pénale n'a jamais donné lieu à incident dans l'hypothèse de condamnation.*

Les décisions d'acquittement peuvent reposer sur des causes diverses :

1. Fin de non-recevoir de l'action publique : prescription, amnistie. Les effets de la prescription et de l'amnistie seront expliqués plus bas. Les décisions d'acquittement reposant sur ces causes

(1) Cf. p. 33, note 1.

ont, au civil, l'autorité de la chose jugée (1). Mais cette autorité n'exclut pas l'action en réparation du dommage.

2. Irresponsabilité pénale : la démence, cause d'irresponsabilité pénale (art. 64 C. pén.) n'est reconnue comme cause d'irresponsabilité civile qu'avec des restrictions (2). Le mineur délinquant, par contre, est civilement responsable, mais avec des tempéraments ; à ce point de vue, la décision pénale ne fait pas autorité (3).

3. Faits justificatifs : la légitime défense, exclusive de toute criminalité, entraîne l'irresponsabilité civile (4). En ce qui concerne l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime d'une part, l'état de nécessité d'autre part, on note, dans la doctrine, des hésitations sur la survivance d'une responsabilité civile (5).

4. Inexistence du fait matériel : en ce cas, l'autorité de la chose jugée exclut toute responsabilité civile.

5. Défaut d'intention ou de faute : la faute civile peut subsister.

6. Absence de complicité, fraude, violence, dol tels qu'ils sont définis par le droit pénal général ou spécial : il se peut, dans tous ces cas, que la responsabilité civile demeure (6).

Mais une place à part doit être faite aux délits prévus par les art. 1319 et 1320 C. pén., délits d'imprudence ou non-intentionnels, au sujet desquels la jurisprudence admet l'identité de la faute civile

---

(1) Hébraud, op. cit., p.p. 289 et 290.
(2) — d° — pp. 302 à 305.
(3) — d° — pp. 305 à 307.
(4) — d° — pp. 307 à 309.
(5) — d° — p. 309, note 2.
(6) — d° — pp. 313 et s.

et de la faute pénale, à condition que la décision pénale ait visé tous les faits prévus par les dits articles, et que l'action civile ne soit pas intentée sur la base de l'art. 1384 C. civ. (1).

En somme, si l'on en excepte les jugements et arrêts basés sur la démence, la légitime défense ou l'inexistence du fait matériel, les jugements et arrêts d'acquittement ne sont pas exclusifs de la reconnaissance, par le juge civil, d'une responsabilité.

Les personnes acquittées, contre qui étaient produites des pièces de procédure pénale, ont parfois invoqué, pour les repousser, le moyen tiré de la violation de l'autorité de la chose jugée. Mais la jurisprudence, ou bien a formellement repoussé ce moyen, ou bien n'a même pas cru devoir y répondre (2). Les plaideurs ont parfois aussi invoqué une prétendue autorité relative de la chose jugée, violée du fait que les juges civils avaient basé leur décision sur les pièces d'une procédure pénale suivie contre un tiers et terminée par une décision d'acquittement. La jurisprudence a pareillement fait justice de ces prétentions (3).

β. Les décisions des juridictions d'instruction : ni les décisions de renvoi (qui ne présentent pas d'intérêt pratique), ni les décisions de non-lieu n'ont, au civil, l'autorité de la chose jugée. Doctrine et jurisprudence sont unanimes à ce sujet (4). La

---

(1) Hébraud, op. cit. p.p. 413 et s. V., décisions récentes, sur l'identité de la faute civile et de la faute pénale : Bordeaux, 20 Février 1936, D. H. 1936. 186 ; sur la recevabilité de l'action basée sur l'art. 1384, malgré un acquittement : Cass. civ., 8 avril 1937, D. H. 1937.313 ; Cass. civ., 4 Janv., 1938, D H., 1938.129 ; Montpellier, 4 Mai 1936, D. H. 1936.403.

(2) V., p. ex., Cass. Req., 31 Janvier 1859, D. 1859.1.439.

(3) Cass. civ., 17 Mai 1933, D. 1934.1.116.

(4) V. Auteurs et décisions cités par M. P. Hébraud, op. cit., p. 121, note 3, et p. 122, note 2.

jurisprudence, et la grande majorité des auteurs ne font aucune distinction suivant que les décisions sont motivées en fait ou en droit.

Ceci, entre autre, explique le grand nombre de décisions civiles basées sur pièces de procédure close sur ordonnance ou arrêt de non-lieu.

C — L'amnistie : Elle varie dans ses effets suivant qu'elle intervient avant ou après une condamnation.

a) L'amnistie éteint l'action publique si elle intervient avant qu'une condamnation irrévocable ait été prononcée. Quid, alors, des intérêts civils, et de la production des pièces de procédure pénale ?

Si la loi paraît au cours de l'enquête officieuse, elle provoquera le classement du dossier ; si elle paraît au cours de l'instruction, elle motivera un non-lieu. Dans ces deux cas la question se pose de savoir si les faits dommageables étant réputés non avenus de par la loi d'amnistie, il pourra néanmoins en être fait état par pièces de procédure pénale devant la juridiction civile. En ce qui touche les dossiers de non-lieu, il y a eu des décisions dans les deux sens (1). Mais la Cour de Cassation s'est prononcée dans le sens favorable aux intérêts des personnes lésées, motif pris de ce que « l'amnistie ne mettant fin qu'à l'action publique et laissant subsister l'action civile des tiers, on ne saurait interdire au juge, saisi d'une demande en dommages-intérêts, de faire état, sous réserve que les parties aient été mises à même de les discuter, des renseignements puisés dans le dossier de l'in-

(1) Pour l'affirmative, Req., 12 Fév. 1935, G. P. 1935. 1.649; Civ. 24 Nov. 1936, D. H. 1937, 36 ; Seine, 20 mars 1926, G. P. 1926.2.46 ; Aix 12 Mai 1926, G. P. 1926.2.339 ; Riom 21 Janv. 1932, G. P. 1932.2.91 ; Paris 17 Mai 1935, G. P. 1935.2.713, etc.

formation à laquelle il a été légalement procédé au sujet du fait amnistié » (1).

La loi d'amnistie du 12 juillet 1937 a d'ailleurs réglé la question par une disposition qui se retrouvera, souhaitons-le, dans les lois d'amnistie subséquentes, ou dont le contenu fera l'objet d'un texte autonome (2). L'art. 13, al. 3 de la loi dispose : « En cas d'instance sur les intérêts civils, le dossier pénal, classé par suite d'amnistie, sera versé aux débats, et mis à la disposition des parties. » Cet article vise, selon nous, aussi bien les informations régulières que les enquêtes officieuses. Si ces dernières étaient exclues de son champ d'application, le but de la loi, qui est la sauvegarde des droits des personnes lésées, ne serait pas entièrement atteint (3).

Nous avons vu (inf. p. 28) que dans l'hypothèse de décès du prévenu en cours d'instance, l'action civile reprenait son indépendance s'il y avait déjà un jugement au fond, statuant à la fois sur l'action publique et sur l'action civile. La même solution devrait être admise dans l'hypothèse d'amnistie

---

(1) Civ. 24 Nov. 1936, précit.

(2) La disposition de l'art. 13 de la loi du 12 juillet 1937, concernant le versement du dossier pénal au débat civil (de même d'ailleurs que la disposition du même article visant la persistance de l'action civile devant la juridiction répressive) a été reprise par l'art. 2 de la loi du 8 avril 1939 (par voie de référence), et par l'art. 7 du décret du 11 juil. 1939.

(3) Anticipant sur nos développements futurs, nous pouvons faire remarquer que ce texte paraît entraîner les graves conséquences suivantes :

a) l'autorisation du Procureur général ne serait pas requise pour la régularité de la production, cf. Le Poittevin et L. Saint-Laurens, op. cit. T. II, p. 208 ;

b) le consentement de l'adversaire ne le serait pas davantage au cas d'ordonnance ou arrêt de non-lieu motivé par l'amnistie ;

c) le tribunal pourrait ordonner d'office le dépôt du dossier sur le bureau du tribunal.

en cours d'instance, si la loi du 12 juillet 1937 n'était venue ici encore innover. « Lorsque la citation aura été délivrée concernant une infraction amnistiée à la date de la promulgation de la loi, il sera loisible à la partie lésée de se porter partie civile à l'audience, et de faire juger sur ses intérêts civils seulement (art. 13, al. 2) ». Désormais, si cette disposition se généralise, il suffira qu'une citation ait été délivrée pour que l'action civile devienne indépendante.

b) L'amnistie efface la condamnation, si elle intervient après elle. Ici, la personne lésée ne pourra produire au civil une expédition du jugement ou de l'arrêt (1). Mais rien ne paraît s'opposer à ce qu'elle verse aux débats les pièces de la procédure (2).

Règle : *L'amnistie ne fait pas obstacle, quel que soit l'état de la procédure pénale, à ce que des pièces de cette procédure soient versées dans un débat civil.*

D — La prescription : Dans l'hypothèse où l'action publique et l'action civile ont une cause identique, la prescription de la première entraîne prescription de la seconde (art. 637, 638, 640 C.I.C.).

De deux choses l'une : il n'y a pas eu de décision pénale sur la prescription, ou, ce qui revient au même (v. sup. p. 37) il n'y a eu qu'une décision

---

(1) Les bulletins n° 1 relatifs à des condamnations effacées par une amnistie sont même retirés du casier judiciaire, L. 5 Août 1899, art. 2, al. 2.

(2) Cf. Cass. Req., 12 Février 1935, G. P. 1935.1.649. La Chambre des Requêtes tire argument de l'art. 11 de la loi d'amnistie du 26 Déc. 1931, qui a expressément réservé les droits des tiers. Semblable disposition se retrouve dans la plupart des lois d'amnistie : art. 12, L. 24 Oct. 1919 ; art. 23, L. 29 Avril 1921; art. 21, L. 3 Janv. 1925; art. 9, L. 13 Juil. 1933 ; art. 3, L. 11 Août 1936 ; art. 13, L. 12 Juil. 1937 ; art. 2, L. 8 Avril 1939; art 7, D. 11 juil. 1939.

d'une juridiction d'instruction ; en ce cas le juge civil doit qualifier pénalement le fait comme le qualifierait le juge pénal. Considère-t-il qu'il y a délit pénal ? l'action civile est prescrite ; considère-t-il qu'il n'y a pas délit pénal ? l'action civile n'est soumise qu'à la prescription trentenaire. Noter que, même s'il y a délit pénal, la prescription pénale ne joue pas si la personne lésée invoque l'art. 1384 C. civ., cas où la jurisprudence actuelle désolidarise les deux actions. — Ou bien il y a eu décision d'une juridiction de jugement : l'autorité de la chose jugée oblige le juge civil à considérer que le fait ne constitue pas un délit pénal, et à n'appliquer à l'action que la prescription trentenaire (1).

E — L'abrogation de la loi qui prévoyait l'infraction comporte, plus complètement encore que l'amnistie, les mêmes effets que le décès de l'inculpé, puisque intervenant après une condamnation, elle la laisse subsister. Donc, *mutatis mutandis,* ce qui a été dit du décès s'applique à l'abrogation de la loi.

L'étude des causes d'extinction de l'action publique n'aura pas simplement eu pour but de

(1) Cf. P. Hébraud, op. cit. p. 294 et 295 : « En pratique, si l'on suppose que l'action civile est intentée après l'expiration du délai de prescription de l'action publique, le demandeur se gardera de présenter les faits sous un aspect qui en ferait un délit pénal, car il se heurterait directement à la prescription ; il présentera donc les faits comme un simple délit civil ; mais le défendeur pourra essayer d'opposer la prescription en alléguant que les faits constituent en réalité un délit pénal : l'autorité de la chose jugée qu'invoquera le demandeur l'en empêchera. V. Req., 16 avril 1845 (Despréaux c. ép. Harlay), D. 1845.1.266; Paris, 24 mars 1855 (Pot c. Guyot), S. 1855. 2.391 ». En ce qui nous concerne, la question de la production des pièces s'est posée, malgré la prescription, dans l'hypothèse où le demandeur invoquait l'art. 1384, et où le défendeur prétendait verser les pièces aux débats pour faire ainsi la preuve de la faute exclusive de la victime. V. Cour de Dijon, 8 mars 1932, D. H. 1932.243.

préciser les diverses occasions pour une personne lésée de faire, dans une instance civile, la preuve qui lui incombe par pièces de procédure pénale, ou de donner la solution des difficultés soulevées par cette preuve au cas d'amnistie ou de chose jugée. Elle aura aussi eu pour effet de montrer que, l'action publique étant éteinte, ou bien tout recours est désormais fermé à la personne lésée — prescription dans l'hypothèse précisée — ou bien la voie civile lui reste seule ouverte.

3° La règle : *Le criminel tient le civil en état,* et la production des pièces de procédure pénale.

Nous avons étudié jusqu'alors les cas d'exclusion de la voie criminelle pour cause d'extinction de l'action publique.

Dans le cas où la personne lésée a opté pour la voie civile, avant même que l'action publique ne soit intentée, ou au cours de cette action, l'exercice de l'action civile est suspendu, tant qu'il n'a pas été statué définitivement au pénal (C. I. C. art. 3 § 2). C'est ce qu'exprime l'adage : « Le criminel tient le civil en état. » Cette règle trouve son fondement dans l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil.

Ceci conduit à cette conséquence *qu'il ne doit pas y avoir communication dans une instance civile en réparation du dommage, des pièces d'une procédure en cours.* En fait, pour cette sorte d'action, la jurisprudence n'en offre pas d'exemple. Pourtant on trouve sur notre sujet un article intitulé : « De la communication dans un débat civil, des pièces d'une procédure en cours ou terminée par un arrêt ou une ordonnance de non-lieu » (1), et un arrêt considérant « que le caractère

(1) G. Calbairac, G. P. 1938.1.doctr. p. 24.

secret s'oppose à ce que l'on verse dans un débat civil les éléments d'un dossier d'information criminelle, lorsque celle-ci est en cours ou qu'il y a eu ordonnance de non-lieu » (1). Or, en l'espèce, la procédure s'était terminée par un jugement d'acquittement. Il faut donc condamner et ce titre, et ce considérant de l'arrêt de la Cour de Riom, qui n'aurait pas prêté à critique, si la Cour n'avait émis, inutilement d'ailleurs, une règle générale.

Aussi, le Procureur général qui, d'après le décret du 5 octobre 1920, modifié par celui du 28 décembre 1935, est compétent pour autoriser, dans certains cas, la communication de pièces de procédure pénale, et, s'il s'y refuse, doit motiver sa décision, pourra se baser ici, non seulement sur la règle non écrite du secret de l'instruction, mais sur l'art. 3 § 2 du C. I. C., l'adage « le criminel tient le civil en état », et l'autorité de la chose jugée, dont l'adage n'est qu'un corollaire (2).

---

(1) Cour d'Appel de Riom, 5 mars 1930. G.P. 1930, 1.920.

(2) MM. Mazeaud (Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, éd. 1939, T. II, 1725), parlent eux aussi du consentement nécessaire à la production des procédures en cours d'information. Ils citent l'arrêt de la Cour de Riom commenté ci-dessus ; Req. 28 juil. 1936, G. P. 1936.2.684 (on y voit seulement qu'il s'agit d'une procédure d'information ouverte contre un tiers); Orléans 28 déc. 1932, G. P. 1933.565 (la Cour s'était refusée à ordonner que soit versé aux débats le dossier d'une information ouverte contre X.). Cette jurisprudence ne prouve donc rien, M. M. Mazeaud ajoutent : « Le plus souvent, du reste, l'application de la règle « le criminel tient le civil en état », en obligeant le juge civil à attendre la solution du procès pénal, l'empêche de tenir compte des pièces de cette procédure inachevée ; néanmoins la règle : « le criminel tient le civil en état » ne joue pas s'il n'y a pas entre le procès civil et le procès pénal identité de parties. » Ils renvoient au T. III, 2181. Or, on y peut lire : « Mais, comme on l'a déjà constaté pour l'autorité de la chose jugée, et pour la prescription, l'identité des parties est inutile ».

§ 2. — *Les actions privées ou à fins civiles*

Ces actions, qui se rattachent au fait ayant donné lieu à information, diffèrent des précédentes en ce qu'elles n'ont pas pour objet direct la réparation du préjudice. Nous n'entendons pas en faire ici une théorie complète, mais seulement signaler l'intérêt qu'elles offrent.

1° Objet des actions privées. — En ce qui touche leur objet, elles peuvent être groupées sous les quatre chefs suivants :

A — *Droit des personnes :* l'hypothèse pratique par excellence est celle où l'un des époux, demandeur à l'action en divorce, ou séparation de corps, prétend se servir d'une procédure d'information pour adultère, close par une ordonnance de non-lieu, les faits établis par l'information étant invoqués à titre d'injure grave (1). Autre exemple : action en désaveu, fondée sur l'adultère, intentée par le mari en cas de recel de l'enfant (C. civ. art. 313) ; nullité de mariage demandée en suite d'une condamnation pour bigamie ; instance en déchéance de puissance paternelle fondée sur une condamnation répressive.

B — *Droit des biens.* — Exemple : l'action en revendication ouverte pendant trois ans, par l'art. 2279 C. civ. au propriétaire d'un meuble volé. Si le meuble ne se trouve pas sous la main de justice, s'il a fait l'objet de plusieurs reventes successives, de sorte que la juridiction répressive n'en peut ordonner la restitution, le volé devra recourir à la justice civile.

C — *Droit des successions.* — Exemple : l'action

---

(1) Cass. civ. 28 avril 1937. G. P. 1937.2.238.

qui tend à faire déclarer indigne de succéder celui qui a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt (C. civ. 727).

D — *Droit des contrats ou conventions.* — Action en nullité, résolution, exécution de conventions. On trouve dans la jurisprudence de nombreuses décisions civiles annulant, résolvant ou ordonnant l'exécution de conventions, et consécutives à une procédure pénale.

2° Les causes d'extinction de l'action publique. — La question ne se présente pas ici précisément de la même façon qu'en matière d'actions en réparation de dommages. La juridiction répressive est en principe incompétente pour connaître de ce qui n'est pas la suite directe de l'infraction. Les parties lésées sont donc contraintes en tout cas de porter leur action devant les tribunaux civils. Il ne faudrait pas en conclure que l'action publique et les actions privées sont sans relation entre elles. Cette relation apparaît, au contraire, tant en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée qu'en ce qui touche la règle « le criminel tient le civil en état ».

Il n'y a rien de particulier à dire ici de certaines causes d'extinction de l'action publique, telles que le décès de l'inculpé, l'amnistie, l'abrogation de la loi qui prévoyait l'infraction. Pour les autres, les remarques suivantes s'imposent :

A — Prescription : « Ces actions (privées) ne participent aux règles spéciales de l'action civile .... ni au point de vue de la compétence des tribunaux criminels.... ni au point de vue de la prescription (1) ».

---

(1) R. Garraud. Traité théorique et pratique d'instruction crimin. et de procédure pénale, 1907. T. I, p. 242.

B — Chose jugée : « Cette autorité de la chose jugée au criminel sur le jugement des actions à fins civiles, opère exactement dans les mêmes limites que l'influence de la décision pénale sur le jugement de l'action civile. Ce qui est interdit au juge civil, c'est de se mettre en contradiction avec les affirmations ou les négations du jugement ou de l'arrêt répressif relativement aux questions qui doivent être résolues nécessairement pour le jugement de l'action publique, et par les tribunaux de répression. Principe général qui, dans son application au regard des diverses catégories, jugements de condamnation, d'absolution, d'acquittement et suivant les formes et le contenu de ces diverses décisions, fait varier les pouvoirs du juge de l'action à fins civiles de la même façon qu'il faisait varier ceux du juge de l'action civile »(1).

3° La règle : *Le criminel tient le civil en état.* — Nous formulerons ici les mêmes critiques que plus haut contre les auteurs ou les décisions (V. par ex. Cass. Req. 28 juil. 36, Gaz. Pal. 1936.2.684) qui semblent admettre la communication de pièces de procédure en cours. Ces critiques reposent d'ailleurs sur les mêmes raisons : « La règle du sursis s'applique-t-elle à d'autres actions que l'action civile proprement dite ? Le texte (art. 3 C. I. C.) sans doute ne parle que de celle-ci, mais les motifs mêmes qui ont inspiré l'art. 3 commandent aux tribunaux civils (et de commerce) de surseoir à statuer, en cas de poursuite d'un fait délictueux, sur toutes les actions qui naissent de ce fait, alors même qu'elles auraient un autre objet que des dommages-intérêts. Il y a en réalité parallélisme d'application et d'étendue entre deux règles : celle qui oblige les tribunaux civils à ne pas se

(1) R. Garraud, op. cit., 1929, T. 6, p. 363.

mettre en contradiction avec ce qui a été souverainement jugé par les tribunaux de répression sur l'existence du fait et la culpabilité de l'agent ; et celle qui les oblige à suspendre l'examen du procès civil quand l'action publique est intentée. La répartition de la compétence entre la juridiction civile et la juridiction pénale impose à la première la nécessité de surseoir à statuer toutes les fois que le jugement à rendre par la seconde peut avoir force jugée vis-à-vis de l'autre » (1). Des décisions rendues en notre matière appliquent, de façon très intéressante, ce sursis au jugement des actions à fins civiles.

Dans l'affaire Bacqué et autres contre Pugens et la Compagnie « La Confiance » (2) il s'agissait d'une procédure d'exécution devant le Tribunal civil, en l'espèce une saisie-arrêt. Les saisissants étaient les sieurs Calvayrac, créanciers de Bacqué, dont le magasin et le mobilier, assurés, avaient brûlé. Le débiteur saisi était le sieur Bacqué, assuré contre l'incendie à la Compagnie la Confiance, et la créance saisie-arrêtée l'indemnité due par la Compagnie. La production de pièces de procédure pénale devant le juge civil a lieu au moment où, la procédure en exécution ayant été auparavant suspendue par le jeu de la règle « le criminel tient le civil en état », le tiers saisi (la Compagnie La Confiance), dans son affirmation au greffe, invoque l'incendie volontaire par l'assuré comme cause de déchéance expressément prévue par la police, et produit la procédure suivie contre Bacqué du chef d'incendie volontaire, et close par ordonnance de non-lieu, comme pièces justificatives. L'information ayant été reprise, il y eut d'ailleurs un deuxième sursis en appel.

---

(1) R. Garraud, op. cit. T. I, p. 449.
(2) Cour d'Agen, 20 janv. 1851. D. 1851.2.49.

CHAPITRE II

LES LIMITES DU SUJET (1)

Nous prenons le parti de nous limiter, dans ce sujet qui confine, d'une part, à l'organisation des juridictions répressives de droit commun, à l'instruction criminelle et à la procédure pénale, et, d'autre part, au droit et à la procédure civils, de nous limiter, donc, à ces différentes branches du droit public ou du droit privé, seules essentielles au fond. Comme nous le laissions soupçonner au seuil de cet ouvrage, nous entendons en éliminer tout ce qui n'intéresse pas directement cette réalité judiciaire presque quotidienne : la preuve civile par pièces de procédure pénale. Or, sur l'étendue de la question, on trouve des incertitudes chez les meilleurs auteurs. M. Pierre Mimin, par exemple, donne à son article (2) le titre « La production des dossiers secrets devant le juge civil », titre trop compréhensif puisqu'il est surtout traité des pièces de procédure couvertes par le secret de l'instruction. Reprenant le plan du chapitre précédent, nous étudierons successivement les limites tenant aux éléments de preuve, et celles qui ont trait à l'action.

(1) Nous avons déjà, dans notre introduction, écarté, à titre d'exemple de ce travail, la production de pièces pénales ou mixtes consécutive aux lois du 9 avril 1898 et du 2 juillet 1931. Nous n'y reviendrons pas.

(2) V. article sous Trib. civ. de la Seine, 4 janv. 1937, D. 1937.2.20.

SECTION 1re

Limites relatives aux éléments de preuve

Des prémisses posées au chapitre premier, il résulte qu'il ne s'agit ici que des éléments de preuve contenus aux archives des juridictions répressives de droit commun (le tribunal de simple police n'offre pas d'intérêt pratique) et celles des secrétariats des Parquets de première instance.

§ 1er. — *Les Archives des Parquets*

Les dossiers classés sans suite (c'est-à-dire l'ensemble des pièces résultant des informations officieuses) le sont au secrétariat des Parquets de première instance. On sait que ces pièces sont l'œuvre de la police judiciaire, que nous opposons, notamment, à la police administrative. « Celle-ci a pour chef suprême le Ministre de l'Intérieur (1). Le Ministre a sous ses ordres immédiats, la Direction de la Sûreté Générale, la Préfecture de police et les Préfets des départements, qui, à leur tour, ont sous leurs ordres tous les commissaires de police. Ce sont là les cadres de la police générale, ou police d'Etat, etc., etc. (2). » M. P. Mimin dit dans son article que l'Etat, voulant prouver qu'un individu demandeur en dommages-intérêts est un manifestant d'habitude, exhibera les dossiers de la

(1) Noter que ce titre n'est plus exact depuis la loi du 23 février 1941 portant réorganisation du Gouvernement, publiée au J. O. du 25 février 1941, et qu'il existe désormais un Secrétaire d'Etat à l'Intérieur, assisté d'un Secrétaire général à l'Intérieur pour la police.

(2) G. Le Poittevin, op. cit., 1928. T. IV. T. W., p. 149.

Sûreté générale. Et il cite un jugement du Tribunal civil de la Seine en date du 12 novembre 1936 (au D. H. 1937, p. 76). Or, rien ne permet de supposer, dans les motifs de la décision, que l'Etat défendeur ait exhibé de tels dossiers pour prouver que le demandeur blessé le 6 février 1934, place de la Concorde, à Paris, était un manifestant d'habitude. Le jugement se base uniquement sur les dépositions, à l'instruction, de l'individu blessé, demandeur à l'action en dommages-intérêts, dépositions desquelles il ressort suffisamment que cet individu s'était rendu, le 6 février, place de la Concorde, dans le but d'y manifester.

§ 2. — *Les archives des greffes des juridictions répressives de droit commun.*

Ces archives contiennent toutes les pièces de procédure officielle, et, souvent même, officieuse. Nous les opposons aux archives des juridictions disciplinaires, par exemple, dont les pièces seront produites à l'occasion devant les tribunaux civils (1), mais qui n'offrent qu'un intérêt pratique restreint et un intérêt théorique plus minime encore. L'un des avantages de notre sujet réside, en effet, dans le parallèle, qu'il nous conduit à faire, de l'instruction criminelle et de l'instruction civile. Or, il va sans dire que l'instruction devant la Chambre de discipline des Avoués, Notaires et Huissiers, pour ne parler que de la juridiction disciplinaire dont relèvent ces officiers ministériels, bien que soumise par les textes à certaines formes, ne se fait pas suivant les règles du Code d'instruction criminelle (2).

---

(1) Cass. Req. 6 janv. 1908, D. 1910.1.519.

(2) Sur cette action disciplinaire, v. Francisque Goyet, le Ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique, p. 56 et s.

SECTION 2me

Limites relatives aux actions portées devant la Judiriction civile

§ 1er. — *Limites relatives à la nature des actions.*

Nous avons vu qu'il s'agissait soit d'actions en réparation de dommages, soit d'actions à fins civiles. Ces catégories sont suffisamment compréhensives. Nous n'admettons pas, avec M. Pierre Mimin, la nécessité d'y ajouter les demandes d'assistance judiciaire ou les demandes en interdiction judiciaire, à l'occasion desquelles sont produites des enquêtes mi-administratives, mi-judiciaires. Les demandes d'assistance judiciaire sont portées devant des bureaux où entrent des représentants de la Magistrature, du Barreau, des Avoués, de l'Administration des Finances. Les règles qu'on y suit ne sont pas celles du Code de procédure (1). Or, celles-ci, seules, nous préoccupent. Quant aux demandes en interdiction judiciaire, on ne s'y soucie pas tant du point de savoir si tel ou tel fait matériel, établi par une de ces enquêtes mixtes ci-dessus désignées existe bien, et est bien l'œuvre du défendeur à l'interdiction, que de l'état mental de ce dernier, qui nécessite ou non un retrait de capacité (cf. art. 489 et s. C. civ.). Les faits établis par enquête ne sont pas le point contentieux lui-même. Aussi, de telles demandes ne nous intéressent-elles pas. Ajoutons enfin que les documents administratifs sortent de notre propos.

(1) Sur cette procédure, v. lois des 22 janv. 1851, 10 juil. 1901, 4 déc. 1907, et F. Goyet, op. cit., p. 109 et s.

§ 2. — *Limites relatives à la nature de la Juridiction.*

Nous ne considérons ici que le Tribunal civil ou la Cour d'appel (statuant d'ailleurs en matière civile ou comme juridiction d'appel des Tribunaux de commerce) (1). Nous les opposons notamment aux juridictions administratives, Conseil d'Etat, Conseil de Préfecture. La question se pose surtout relativement à l'influence d'informations ou décisions répressives sur les sanctions disciplinaires à prendre par ces juridictions (2) de même qu'elle se posait tout à l'heure relativement à l'influence de décisions disciplinaires sur les dommages-intérêts à allouer à la partie lésée. Les espèces ne manquent pas d'ailleurs d'être curieuses, mais elles font appel à des notions de droit public, considérations dans lesquelles nous nous garderons d'entrer. Seule nous intéresse, nous y revenons, la réalité judiciaire.

---

(1) V. p. ex., Paris 16 mai 1935, G. P. 35. 2. 276 ; 29 juin 1933. G. P. 1933.2.586.

(2) Aff. Bonny-Conseil d'Etat, 16 oct. 1936, Gaz. Pal. 1936.2.711.

DEUXIEME PARTIE

Le Sujet considéré dans ses rapports avec l'organisation des Juridictions répressives et l'Instruction criminelle

Le mot preuve peut être pris dans des acceptions différentes :

« 1° Il désigne parfois *le fait* de la production d'éléments de conviction à l'aide desquels l'une des parties entend établir la vérité d'une allégation; c'est en ce sens que l'on peut parler de la charge de la preuve (et aussi de son administration).

2° Il s'entend aussi des éléments de conviction envisagés en eux-mêmes, c'est-à-dire des divers *procédés* employés pour convaincre le juge.

3° Il désigne enfin le *résultat* de la production de ces éléments. Ainsi on dit : une partie a fait ou n'a pas fait telle preuve ; la preuve est complète ou non. » (1).

Ainsi, charge de la preuve, administration de la preuve, moyens, procédés ou éléments de preuve, force probante de la preuve, tels sont les divers angles sous lesquels notre sujet mérite d'être examiné. Ces angles sont d'ailleurs les mêmes en matière criminelle. M. P. Garraud dit en effet (2) :

(1) M. Planiol et G. Ripert. Traité pratique de droit civil français. Paris 1931. T. VII. N° 1407.

(2) P. Garraud. Précis de droit criminel, 15e éd. N° 379.

« La preuve doit être considérée sous chacun de ces trois angles : 1° dans la source d'où elle dérive (éléments de preuve) ; 2° dans son mode de recherche et de manifestation (moyens de preuve) ; 3° dans sa valeur démonstrative (force probante) ». Et s'il ne mentionne pas la charge de la preuve, *onus probandi*, c'est qu'elle incombe toujours au Ministère public en matière pénale.

Mais ce n'est pas tout. A ces quatre points de vue, il en faut ajouter un cinquième, celui de l'admissibilité de la preuve qui se peut définir les conditions mises par la loi ou la jurisprudence à l'administration de la preuve en justice. Les faits à prouver doivent être pertinents, concluants, et, dit l'art. 253 C. proc. civ., la preuve n'en doit pas être défendue par la loi. C'est sur cette dernière condition que nous insisterons plus particulièrement. A la vérité, la jurisprudence, qui, souvent se cristallise, se fixe et répète en formules, a repris le motif suivant : « Attendu qu'aucune loi n'interdit aux juges, dans les matières où la preuve par présomption est permise, de les tirer de pièces de procédure pénale... » En d'autres termes, ce qui n'est pas défendu est permis. Or, autre chose est de savoir si aucune loi n'interdit aux juges d'asseoir leur conviction sur de tels documents, et autre chose de savoir si, à défaut d'un texte exprès, d'autres textes ou d'autres principes ne le lui défendent pas. Voilà pourquoi, de la promulgation des codes jusqu'aujourd'hui, les décisions ont succédé aux décisions, et les arrêts aux jugements, pour répondre aux conclusions des plaideurs.

Ceci dit, nous considérons dans un titre premier le sujet dans ses rapports avec l'organisation des juridictions répressives parce que la jurisprudence actuelle, interprétant le texte du décret-tarif du 5 octobre 1920, modifié par le décret du 28 décem-

bre 1935, considère comme illicite, et par suite inadmissible, la preuve par pièces de procédure pénale que la partie qui les invoque, s'est procurées en dehors d'une autorisation du Procureur général, ou du Procureur de la République, autorité de poursuite devant les juridictions répressives, dans le cas où cette autorisation est requise (1).

Nous considérons, dans un titre second, le sujet dans ses rapports avec l'instruction criminelle, parce que le point de savoir si, l'autorisation du Ministère public obtenue, l'admissibilité en preuve des pièces de procédure pénale est réalisée, reste controversé. Faut-il ou non le consentement de la personne contre qui les pièces sont produites, dans l'hypothèse où la procédure pénale a été close sur une décision de non-lieu ? Nous ne nous en occupons ici que dans la mesure où la nécessité du consentement de l'adversaire a été rattachée au principe du secret de l'instruction préparatoire.

(1) V. notamment pour un dossier classé sans suite. Nîmes 25 mars 1938. D. H. 1938.553.

TITRE PREMIER

L'AUTORISATION DU MINISTERE PUBLIC

Le décret-tarif des frais en matière criminelle de police correctionnelle ou de simple police, du 5 octobre 1920 (1) porte (art. 63) : « Mais tout accusé renvoyé devant la Cour d'Assises peut se faire délivrer à ses frais une expédition des pièces de la procédure, même de celles qui ne sont pas comprises dans la copie délivrée gratuitement. Le même droit appartient à la partie civile et aux personnes civilement responsables ».

Art. 64 (modifié par le décret du 28 décembre 1935 (2) : « En matière correctionnelle ou de simple police, il peut être délivré aux parties et à leurs frais : 1° sur leur demande, expédition de la plainte, ou de la dénonciation et des ordonnances définitives; 2° avec l'autorisation du Procureur de la République, copie de toutes les autres pièces de la procédure. »

Art. 65 (modifié par le décret du 28 décembre 1935) : « En matière criminelle, correctionnelle ou de simple police aucune expédition autre que celle des arrêts ou jugements définitifs ne peut être délivrée à un tiers sans une autorisation du Procureur de la République.

(1) D. P. 1920.4.202. N. B. : L'art. 63 n'est pas intégralement cité.

(2) D. P. 1935 4.424.

Toutefois, dans les cas prévus par le présent article et l'article précédent, l'autorisation devra être accordée par le Procureur général lorsqu'il s'agira de pièces déposées au greffe de la Cour, ou faisant partie d'un dossier classé sans suite, d'une procédure clôturée par une ordonnance de non-lieu, ou d'une affaire dans laquelle le huis clos aura été ordonné.

Dans le cas prévu par le présent article, et l'article précédent, si l'autorisation n'est pas accordée, le magistrat compétent, pour la donner, doit notifier sa décision en la forme administrative et faire connaître les motifs de son refus. »

La façon dont les pièces sortent des archives n'est pas contestée aujourd'hui, dans les points mêmes non expressément réglés par le texte ci-dessus. Le titre premier sera donc presque uniquement descriptif. Nous y verrons successivement :

Chapitre I : La nature juridique de l'autorisation ;

Chapitre II : L'autorité compétente ;

Chapitre III : les formalités autorisées ;

Chapitre IV : Les pièces de procédure pénale sur lesquelles porte l'autorisation ;

Chapitre V : L'autorisation et le consentement.

CHAPITRE I^er

LA NATURE JURIDIQUE DE L'AUTORISATION

Le terme d'autorisation implique en droit privé, soit l'idée de puissance, soit l'idée de protection, soit ces deux idées réunies. Ainsi l'incapacité de la femme mariée apparaissait, avant la loi du 12 février 1938, qui a octroyé à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile, comme une institution bâtarde, issue de deux tendances bien différentes : Sur le vieux tronc de la puissance maritale, qui est à la base, s'est greffée une idée nouvelle, celle de protection » (1). En droit public, et notamment en ce qui concerne l'organisation des juridictions répressives et le rôle que le Ministère public est appelé à y jouer, le terme d'autorisation implique une idée analogue à celle de puissance, l'idée de pouvoir, d'attribution, ou de *prérogative.*

Encore que l'on trouve au Code civil (2) le terme de consentement pris dans un sens voisin d'autorisation, ce mot implique que l'on se meut dans le domaine sinon de l'autonomie de la volonté, du moins dans celui de volontés égales.

Nous devions préciser ces notions dès l'abord parce que si, lorsqu'il s'est agi de l'autorisation préalable du Ministère public, on ne s'est guère

(1) A. Colin et H. Capitant, 7e éd. T. I., p. 635 du Cours élémentaire de droit civil français.

(2) V. art. 73.

trompé sur la valeur des mots, lorsqu'il a été question du consentement des parties, on l'a souvent traité comme une véritable autorisation.

SECTION 1re

Les caractères généraux de l'autorisation

La jurisprudence récente a expressément dégagé deux de ces caractères, à savoir la spécialité de l'autorisation, et la nature d'ordre public de la nécessité de l'autorisation. Quant à son caractère préalable, il résulte suffisamment du raisonnement qui va suivre.

1° *L'autorisation doit être préalable* : Il peut arriver, et il arrive en fait, que les pièces de procédure pénale soient produites dans un débat civil sans autorisation de l'autorité compétente. Cela n'implique pas pour autant que la partie qui les produit se les soit irrégulièrement procurées. Le conseil de l'inculpé, ou même de la partie civile, qui aura, pendant l'instruction, obtenu communication du dossier conformément à la loi du 8 décembre 1897, et y aura pris des notes, prétendra parfois s'en servir s'il reste constitué dans une instance civile subséquente.

Cependant, les juges doivent se refuser à l'examen de tels documents. En fait, il n'existe pas de décision d'appel par exemple, qui, répondant au moyen tiré par l'appelant du défaut d'autorisation, subordonne la validité du jugement de première instance à une autorisation obtenue *à posteriori* et demande à l'intimé de la solliciter et d'en rapporter la preuve.

Le fondement même de la règle indique assez que le but visé par le législateur : maintenir le secret quand il doit être maintenu, ne serait pas atteint si une partie, redoutant un refus, produisait sans autorisation de pareilles notes et les discutait publiquement, mettant ainsi le Ministère public devant une divulgation accomplie. L'adversaire pourrait d'ailleurs opposer que ces documents ne présentent, à la rigueur, aucune garantie de conformité aux originaux.

2° *L'autorisation doit être spéciale* : le premier devoir du Ministère public, saisi d'une demande d'autorisation, est de s'assurer que les pièces ne seront utilisées qu'à des fins légitimes. Les pièces, même quand leur divulgation à une audience civile n'intéresse plus la répression, peuvent contenir la relation de faits susceptibles de troubler la moralité ou la tranquillité publique, ou même de nuire injustement à des particuliers. Aussi une circulaire du Garde des Sceaux, en date du 27 août 1938 (1) déclare-t-elle que, s'agissant de dossiers classés sans suite, « il appartient.... (aux procureurs généraux) de procéder à un examen attentif de la légitimité des motifs invoqués à l'appui des requêtes de cette nature dont ils sont saisis ». Cette prescription doit être étendue à toutes les hypothèses où une autorisation est requise, pour identité de motifs.

Nous entendons par autorisation spéciale celle qui a été donnée en vue de la production des pièces dans un litige déterminé. La jurisprudence paraît s'orienter vers l'examen d'office de la spécialité de l'autorisation. Un jugement du Tribunal civil de la Seine, en date du 4 janvier 1937 (2) déclare

(1) B. O. du Ministère de la Justice, année 1938, p. 51.
(2) D. P. 1937.2.20.

en effet : « Attendu qu'il ressort d'une note en date du 16 novembre 1936 que M. le Procureur général a autorisé Me Fréaud, avocat à la Cour, à prendre communication au greffe criminel de la procédure suivie contre Tuquet, qu'il est bien évident que cette communication n'a pu être sollicitée par l'avocat de la demoiselle Tricot qu'au nom de sa cliente et dans le but de l'utiliser aux fins civiles actuelles, puisque, comme partie civile, l'intéressée possédait déjà par ailleurs les éléments de l'instruction... »

Quels vont être, pour le Ministère public, les moyens d'appliquer strictement la règle de la spécialité ? La circulaire précitée révèle, tout au moins pour les dossiers classés sans suite, une dualité de la pratique : « D'une manière générale, j'ai été toutefois amené à constater, écrit le Garde des Sceaux, que, tandis que certains parquets de cours d'appel accueillent très libéralement ces demandes, d'autres se montrent plus stricts et n'accordent l'autorisation sollicitée que lorsqu'une instance civile a déjà été engagée. » La libéralité, en la matière, présente les inconvénients signalés ci-dessus, et notamment, dit la circulaire, ceux de susciter des litiges préjudiciables à la paix publique. Par contre, la rigueur peut léser les particuliers « en laissant ceux-ci dans l'ignorance des éléments nécessaires à une juste appréciation de leurs droits ou de leurs obligations et en mettant ainsi obstacle à une transaction amiable ». Noter tout de suite que cet inconvénient est surtout sensible en matière d'enquête officieuse, à laquelle la partie civile n'a point de part.

On conçoit deux sortes de garanties, dont le Ministère public puisse s'entourer : il pourra se borner à exiger que les requêtes aux fins d'auto-

risation lui soient présentées par l'intermédiaire obligé d'un avoué ou d'un avocat. Il pourra exiger de plus qu'une instance civile soit déjà engagée. Cette deuxième attitude nous paraît préférable, comme règle générale. C'est aussi la solution de principe adoptée implicitement par la circulaire, puisque, pour le cas où il s'agit d'un *accident de la circulation,* la victime, son avocat ou son avoué doit simplement prouver qu'il se trouve actuellement dans l'impossibilité de faire la preuve (1). La circulaire ajoute que « au cas où la communication intégrale semble de nature à présenter des inconvénients tels que ceux, par exemple, qui résultent du caractère confidentiel de certaines mentions consignées dans les procès-verbaux, les éléments essentiels sont portés à la connaissance de l'intéressé, de façon à permettre à celui-ci d'apprécier l'opportunité d'une action en justice ou d'un règlement amiable » (2).

3° *La nécessité de l'autorisation repose sur l'ordre public* : Ceci résulte suffisamment de ce que nous avons déjà dit. Reste à en dégager les conséquences.

A — Au fond, les juges doivent examiner d'office le point de savoir si l'autorisation a été donnée, et, le cas échéant, soulever d'office le moyen de son

---

(1) Cette restriction nous semble excessive. Pourquoi obliger les parties à une coûteuse enquête civile, si elles peuvent faire la preuve par procès-verbaux ?

(2) Est-il besoin d'ajouter que l'autorisation, spéciale quant à son objet, vaut cependant pour toutes les parties ? Ceci résulte suffisamment de la publicité, c'est-à-dire de la connaissance par le ou les adversaires que les pièces vont être utilisées, et de la contradiction de la procédure. Aussi est-ce très justement que le Procureur général près la Cour d'Appel de Rouen avisa l'avoué requérant que le dossier criminel réclamé était à sa disposition et à celle de son confrère (Cass. civ. 27 juin 1939, S. 1940-1.8).

défaut. « Attendu, dit le Tribunal de la Seine, que, bien que les défendeurs, en leurs écritures, ne demandent pas que la dite procédure soit rejetée des débats, il importe de rechercher cependant s'il est possible pour le juge du fond d'en faire état » (1). Il faut aussi conclure que ce moyen peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de Cassation.

B — En la forme, les décisions doivent expressément mentionner l'autorisation préalable ; la plupart le font. En ce qui touche plus particulièrement la règle de la spécialité, elle s'impose au Ministère public, mais on ne doit pas admettre pour autant l'obligation pour le juge de mentionner dans ses motifs si l'autorisation a été spéciale ou non. Il pourra s'en expliquer si les circonstances de la cause le permettent. C'est ce qui arrivera d'ailleurs le plus souvent, si tous les Parquets observent les termes de la circulaire du 27 août 1938. Que si rien ne permet de supposer le respect de la règle de la spécialité, le juge devra le présumer cependant, à défaut de moyens réguliers d'investigation. Et à supposer même que le Ministère public n'ait considéré et traité l'autorisation que comme un simple acte d'administration judiciaire, et que le juge ait la possibilité de s'en rendre compte, il devra s'abstenir de toute allusion, la critique des actes du Ministère public n'entrant pas dans ses attributions, et pouvant constituer un excès de pouvoir.

(1) Trib. civ. de la Seine, 4 janv. 1937, D. P. 1937.2.20.

SECTION 2me

L'autorisation acte d'administration judiciaire ou acte juridictionnel

C'est une distinction classique que celle des actes d'administration judiciaire, et des actes juridictionnels. On l'a faite, notamment, à propos de l'ordonnance de soit-communiqué rendue par le juge d'instruction quand il estime son information achevée (1). Le parti pris sur cette question a, en matière d'ordonnance, un grand intérêt, car suivant que l'on opte d'une façon ou de l'autre, on ouvre ou on ferme une voie de recours : l'appel. Ici l'intérêt est moindre. Il importe néanmoins d'insister sur la nature d'un acte d'où peut dépendre la perte ou le gain d'un procès.

Le droit d'autorisation a été considéré soit comme un simple acte d'administration, soit, plus précisément, comme une conséquence du droit de surveillance des greffes, soit comme une conséquence des droits généraux de surveillance des autorités et des procédures d'instruction conférés au Procureur général par les art. 271 et s. C. I. C., soit enfin comme un véritable acte juridictionnel. Nous allons examiner successivement ces diverses conceptions.

§ 1er. — *Le droit d'autorisation, simple acte d'administration judiciaire.*

M. Calbairac, dans la note précitée, parle de la condition d'administration judiciaire. Mais l'ana-

(1) V. P. Garraud, op. cit. N° 438.

lyse qu'il donne de l'autorisation en fait plus qu'un acte d'administration. « L'autorisation accordée normalement par le Procureur de la République, et en cas de dossiers classés sans suite, par le Procureur général, devra amener ces magistrats à vérifier uniquement si une instance civile est en cours, au cours de laquelle la preuve par présomptions est admissible. Ils vérifieront aussi, bien entendu, si l'ordre public n'est pas troublé par la communication de ces pièces. *Mais ils ne pourront se faire juges* de l'intérêt des parties à ce que ne soit pas divulgué le dossier pénal, leur intérêt étant subordonné au droit donné aux magistrats par l'art. 1353 C. civ. »

§ 2. — *Le droit d'autorisation, conséquence du droit de surveillance des greffes.*

Les greffiers sont établis auprès de chaque juridiction pour tenir la plume aux audiences, conserver les minutes des actes, en délivrer des expéditions et veiller à la conservation des registres, répertoires et documents que la loi confie à leur garde (décret du 30 mars 1808). Négligeons leurs attributions d'auxiliaires à l'audience. En tant qu'archivistes, ou conservateurs, les greffiers des Tribunaux et des Cours relèvent du Ministère public qui doit vérifier la tenue des minutes et des registres. Le décret du 28 juin 1811, le premier décret-tarif, restait donc dans la ligne des principes d'organisation judiciaire en donnant, sauf exception, au Procureur général un droit de regard sur la délivrance aux parties d'expéditions ou copies de pièces de procédure correctionnelle ou de police. Mais, vérifiant les minutes ou registres, le Procureur général fait proprement un acte administratif puisqu'il veille au fonctionnement correct

d'un service, celui du greffe. Refusant l'expédition ou la copie d'une pièce, il agit comme magistrat et gardien de l'ordre public.

§ 3. — ***Le droit d'autorisation, conséquence des droits généraux de surveillance des autorités et des procédures d'instruction conférés au Procureur général par les art. 271 et s. C. I. C.***

C'est l'opinion de M. P. Garraud (1). « Avant 1921, la pratique administrative était constante : elle admettait partout que la procédure à suivre consistait purement et simplement à s'adresser au Procureur général, lequel statuait en toute liberté d'appréciation, sauf aux requérants, à son refus, de s'adresser au Garde des Sceaux. Cette procédure semblait être en harmonie... avec les droits généraux de surveillance des autorités et des procédures d'instruction qui sont conférés aux Procureurs généraux par les textes du Code d'instruction criminelle, notamment les art. 271 et s. » Cette opinion est admissible sous la réserve que le droit d'autorisation n'apparaît que comme une conséquence assez lointaine des droits généraux de surveillance. Quelle idée anime, en effet, les art. 271 et s. C. I. C. ? Celle-ci, que le Procureur général doit donner l'impulsion à ses subordonnés, pour que l'action publique soit menée à son terme. Or, ici, l'action publique est momentanément ou définitivement arrêtée et tout ce qu'on peut dire, c'est que, dans certains cas (dossiers classés sans suite, procédures closes par une décision de non-lieu) l'action publique pourra être intentée ou reprise, et alors, on s'explique que le Procureur général à qui compète directement ou indirectement l'exer-

(1) V. note S. Cass. Req. 24 juil. 1924. S. 1924.1.369.

cice de cette action, ait son mot à prononcer dans la production des pièces. Nous verrons plus loin (p.101 et s.) la mesure dans laquelle on peut tenir que la loi a exigé l'autorisation du Procureur général pour ménager la reprise éventuelle de l'action publique.

Mais dans le cas où cette action est définitivement éteinte par la chose jugée, — cas où le Procureur général était compétent d'après l'art. 56 du décret du 28 juin 1811 pour autoriser la délivrance aux parties d'expéditions ou copies des pièces de la procédure autres que les plaintes, dénonciations, ordonnances et jugements définitifs, lesquels pouvaient être obtenus sur demande, — on ne saisit pas du tout le rapport entre le droit d'autorisation et les droits généraux de surveillance des autorités et des procédures d'instruction.

Enfin, cette opinion ne rend pas compte de l'examen de la requête auquel doit procéder le Procureur général.

§ 4. — *Le droit d'autorisation, acte juridictionnel.*

Si nous ne craignions de pousser un peu loin le parallèle entre l'acte du Ministère public autorisant la production et un jugement, nous affirmerions que l'autorisation du Ministère public apparaît comme une véritable mesure d'avant-dire-droit, d'où dépend, en première analyse, le rejet ou l'admissibilité en preuve des pièces de procédure pénale. Qu'un acte du Ministère public soit tenu pour juridictionnel ne doit d'ailleurs pas surprendre, pour les raisons que voici :

1° Il est d'autres exemples, en matière pénale, il est vrai, d'actes juridictionnels accomplis par le Ministère public, à cause notamment de sa perma-

nence, et où ce Ministère public semble le substitut du juge. Quand les juridictions répressives ont omis de prononcer la confusion des peines, le condamné peut saisir le Procureur de la République ou le Procureur général, suivant les cas, et celui-ci ou celui-là, décider de la confusion (1).

2° Singulièrement, en ce qui nous concerne, il est clair qu'il ne s'agit pas, selon l'expression de M. Camboulives (2) d'un « acte d'administration pure ». Le représentant du Ministère public, doit, en effet, faire porter son examen sur les points ci-dessous :

A. — Une instance civile est-elle engagée dans laquelle les pièces puissent être utiles, ou, s'agissant d'un accident de la circulation, le requérant est-il bien la victime ou son représentant (V. sup., p. 62 et 63) ?

B. — L'action pénale, si elle a été intentée, a-t-elle pris fin sur une décision définitive d'une autorité d'instruction ou de jugement (V. sup., 41, 42 et 45, 46) ?

C. — S'agit-il d'un différend dans lequel la preuve par témoins ou présomptions, ou encore par tous moyens, soit possible ?

D. — La décision de non-lieu étant toujours provisoire (art. 246 et 247 C. I. C.), y a-t-il quelque chance que l'instruction soit reprise ? Et, dans l'affirmative, y a-t-il péril dans une divulgation prématurée ?

E. — Y a-t-il « danger pour la paix, la sécurité, la moralité publiques à livrer à la publicité les éléments d'une information au cours de laquelle

---

(1) Sur la question, v. F. Goyet, op. cit., p. 494, 495.

(2) V. Conclusions rapportées G. P. 1937.1.199.

l'inculpé, pour défendre son honneur, les témoins, pour servir la vérité ont pu, sous le sceau du secret, révéler des faits ou formuler des appréciations qui, sans les poursuites, n'eussent pas débordé la sphère de la vie privée ou intime des citoyens ? Il est clair que ce serait gravement compromettre les chances de l'instruction préalable que de poser en principe qu'une fois close, tout ce qui y a été dit ou confessé pourra être livré au dehors. C'est bien ce qui arrive, remarquera-t-on, en cas de renvoi devant une juridiction. Mais alors c'est parce que tout est justement sacrifié à l'intérêt de la manifestation de la vérité. En cas de charges insuffisantes, l'instruction a été ouverte à tort : ou pourrait dire que tout doit être oublié, effacé. Mais en vérité, ce serait sacrifier une partie à l'autre, alors que la balance doit rester égale entre elles. Il ne faudrait pas, ce faisant, éviter une injustice pour une autre. N'en serait-ce pas une que de frustrer la partie civile du seul bénéfice qu'elle ait retenu de son accès à l'instruction ? Il est donc heureux que le Procureur général reste libre de peser sa décision. Je concède qu'elle sera toute d'opportunité. Mais ce serait, je pense, lui faire outrage que de supposer qu'il pourrait se déterminer sans tenir compte de l'une et de l'autre de ces considérations qui tiennent si étroitement, si profondément, à la fonction du Ministère public. » Et M. Camboulives ajoute : « Le Procureur général n'agit, sous sa responsabilité, qu'en vertu de la loi. La loi ne peut statuer d'avance sur des cas d'espèce infiniment variés. Elle s'est assouplie elle-même en s'en remettant à l'autorité la plus qualifiée après elle, et à laquelle elle fait confiance. parce qu'elle personnifie l'intérêt général. Nous sommes donc très certainement dans l'un des cas où elle autorise la levée du secret de l'instruction non pas dans l'intérêt ou contre l'intérêt d'une

partie, mais dans l'intérêt bien compris de la justice (1) ». Nous reviendrons là-dessus quand nous étudierons le consentement de l'adversaire.

Tels sont les différents points que le Ministère public doit soumettre à son examen. Par contre, il n'a pas à se soucier du consentement de l'adversaire. D'une part, cette condition n'est pas dans la loi. D'autre part, l'examen du Ministère public porte sur de pures questions de fait (A-B-D), ou de droit (C), ou des questions qu'il lui appartient seul de résoudre (E). Aussi ne s'explique-t-on pas une décision du Procureur général près la Cour d'Appel de Nancy, subordonnant son autorisation à l'assentiment explicite de la partie adverse : « Attendu, déclare la Cour de Nancy, qu'il est constant que, par la voie administrative, le Procureur de la République de Saint-Dié faisait connaître le 22 janvier 1938, d'ordre de M. le Procureur général, au mandataire de la Compagnie « Le Soleil », que l'autorisation de prendre connaissance du dossier de la procédure clôturée par le non-lieu était subordonnée à l'assentiment explicite de la partie adverse (2) ». On voit là un exemple curieux de la réaction de la jurisprudence sur la pratique administrative. Nous condamnons cette influence, non seulement pour les raisons ci-dessus exposées, mais encore parce que, d'une façon générale, nous n'admettons pas la nécessité du consentement. En somme, tous les sentiments se sont manifestés au sujet de la production des pièces pénales, depuis la prétention émise par les tribunaux de passer outre à un refus d'autorisation du Ministère public (V. inf. ce qui sera dit au compulsoire) jusqu'à l'acceptation, par le Ministère public, d'une solu-

(1) V. conclusions rapportées. G. P. 1937.1.199.
(2) Cour de Nancy, 21 février 1938. D. H. 1930, 251.

tion jurisprudentielle, dont il n'avait pas à tenir compte.

3° D'après le décret de 1921, les décisions de refus d'autorisation doivent être motivées. Ces motifs offrent d'abord une garantie contre l'arbitraire du Ministère public, si tant est qu'on puisse le redouter. Ils permettent ensuite au Garde des Sceaux d'apprécier le bien ou le mal-fondé de la décision du Ministère public, en cas de recours gracieux (V. infra 4°). A la vérité, on peut craindre que les magistrats des Parquets n'usent de formules de style : « Attendu que l'ordre public est intéressé à ce que la dite procédure ne soit pas divulguée. » D'un autre côté, les motifs ne peuvent être trop explicites, car ils compromettraient par eux-mêmes le secret. La meilleure procédure serait que le *Garde des Sceaux saisi d'un recours gracieux, se fît transmettre le dossier, et pût, ainsi décider sur pièces. Le libellé des motifs ne présenterait plus alors qu'un intérêt très relatif.*

4° Le caractère juridictionnel de l'autorisation apparaît enfin dans le recours gracieux qui est considéré comme résultant, pour la partie éconduite, des termes du dernier alinéa de l'art. 65 nouveau du Décr. du 5 oct. 1920 : « Dans les cas prévus par le présent article et l'article précédent, si l'autorisation n'est pas accordée, le magistrat compétent pour la donner doit notifier sa décision en la forme administrative, et faire connaître les motifs du refus. » Cette disposition se trouvait déjà dans la première rédaction du décret de 1920, à ceci près qu'on y lisait « le Procureur général » au lieu du « magistrat compétent ». Par contre, l'art. 56 du décret du 28 juin 1811, le premier texte sur la matière, n'édictait pas d'obligation, pour le Procureur général, de notifier son refus, ni par suite de le motiver. M. P. Garraud écrit que, néan-

moins, le recours au Garde des Sceaux était admis par une pratique administrative constante (V. sup. p. 67). On peut donc tenir pour acquis que le dernier alinéa de l'art. 65 nouveau consacre implicitement l'ouverture d'un recours gracieux. Tel est bien l'avis de M. Saint-Laurens, qui se borne à dire : « L'intéressé a le droit de déférer cette décision au Garde des Sceaux qui appréciera s'il y a lieu d'admettre ou de rejeter ce recours (1) ». Ajoutons que la solution de la pratique, avant 1920, qui ne résultait ni implicitement ni expressément d'aucun texte spécial, découlait suffisamment des principes généraux d'organisation et de hiérarchie judiciaires.

Nous avons vu que l'intérêt de l'article 65 ne résidait point tant dans l'obligation où il met le magistrat compétent de motiver son refus, que dans celle de répondre à la requête, et de notifier sa réponse en la forme administrative. Il n'est en effet de recours gracieux que contre une décision. Ici elle doit être explicite. La loi aurait d'ailleurs pu disposer, comme il se fait en droit administratif (2), que le recours gracieux serait ouvert, faute, pour le Ministère public, d'avoir donné suite à la requête dans un délai qu'elle aurait fixé. Le procédé eût évidemment été quelque peu brutal. Quoi qu'il en soit, ce recours au Garde des Sceaux ne semble pas très pratique.

Vu ce caractère peu pratique du recours gracieux, nous n'insisterons pas sur la possibilité, ni les conditions d'une prise à partie du magistrat qui se serait indûment refusé à ce qu'un dossier fût produit dans un débat civil. Mais, en théorie, la faculté de recourir à cette procédure conten-

(1) G. Le Poittevin et L. Saint-Laurens, op. cit., éd. 1938, T. II, D. F., p. 206-3.

(2) V. art. 3, L. 17 juil. 1900.

tieuse ne semble pas faire doute : « L'art. 505 (C. proc. civ.), dit la Cour de Cassation, comprend par « juges » non seulement les juges proprement dits, mais aussi par une évidente parité de motifs, et notamment par même besoin de protection contre des réclamations téméraires ou vexatoires, tous ceux qui, par les fonctions dont ils sont investis, appartiennent à l'ordre judiciaire, soit qu'ils concourent à l'action de la justice comme chargés du Ministère public ou de l'instruction, soit qu'ils agissent comme officiers de police judiciaire ou auxiliaires du Ministère public » (1).

(1) V. Rép. prat. Dalloz 1922, T. IX, Prise à partie, 499, et les arrêts cités.

CHAPITRE II

L'AUTORITE COMPETENTE

Le décret de 1935 a opéré un partage de compétence entre le Procureur Général et le Procureur de la République. Nous nous occuperons de ce partage dans le chapitre IV. Nous traitons ici des membres du Ministère public en général, par opposition, d'une part, aux greffiers, d'autre part, aux magistrats du siège.

SECTION 1re

Les Greffiers

On n'a jamais pensé sérieusement, même à l'époque où la pratique se heurtait au texte incomplet du décret de 1811, à confier aux greffiers le soin de décider si les pièces de procédure devaient ou non sortir de leur greffe. Nous n'y faisons allusion ici que par souci d'être complet et d'opérer certains rapprochements.

M. Albert Tissier, dans une note sous un jugement du Tribunal civil de Nice (1) dit qu'il faut

(1) 15 mai 1909. S. 1912.2.225.

laisser aux greffiers, aux chefs des Parquets et aux Tribunaux, un certain pouvoir d'appréciation en la matière. Pourquoi ne pas laisser d'ailleurs, aux secrétaires des Parquets le même pouvoir d'appréciation pour les dossiers classés sans suite ? M. Albert Tissier n'y a pas songé, sans doute parce que ces dossiers n'ont été nommés dans un texte qu'en 1935.

Un tel pouvoir, est-il besoin d'y insister, excéderait étrangement les attributions normales des greffiers. Aussi bien la question de la communication est réglée aujourd'hui de façon à peu près complète par la loi. Mais nous devons signaler que l'art. 200 C. I. C. modifié par le décret du 8 août 1935 confère aux greffiers un embryon de pouvoir juridictionnel. Cet article en effet dispose que : « Le greffier du tribunal dressera procès-verbal du refus qu'il oppose à la transcription de la déclaration d'appel, dans tous les cas où la loi prescrit que l'appel ne sera pas reçu. »

SECTION 2me

Les Juridictions civiles

La question se décompose comme suit :

Une mesure, hors l'autorisation du Ministère public, peut-elle être prise par les juridictions civiles, cette autorisation n'ayant pas été sollicitée, ou ayant été refusée ? Noter que l'on méconnaît dans les deux cas les prérogatives du Ministère public, puisque, d'une part, on ne lui laisse pas l'occasion de les exercer, et que, d'autre part, on brise ces pouvoirs.

Dans l'affirmative, quelle serait cette mesure ? on a pensé au compulsoire et à l'injonction aux greffiers.

§ 1er. — *Le Compulsoire.*

Il a été recouru au compulsoire dans deux buts différents :

1° De 1811 à 1920, à titre supplétoire, pour légitimer la production de pièces de procédure pénale, dans des cas non prévus par le décret-tarif de 1811. Cette procédure était préconisée par MM. G. Le Poittevin (1), Albert Tissier (2), le Procureur général Loubat (3). MM. P. Garraud (4) et le Substitut du Procureur général Rey (5) rappellent qu'elle a été fréquemment utilisée, et parfois approuvée par la jurisprudence (6).

2° Après 1920, dans le but soit de suppléer au défaut d'autorisation du Procureur général ou de la République, soit de vaincre le refus d'autorisation. « De nombreux arrêts, dit M. Pierre Garraud dans la note précitée, expriment en termes particulièrement formels et énergiques qu'il y aurait pour un tribunal civil excès de pouvoir flagrant à admettre en cette matière la voie du compulsoire. » La Chambre des Requêtes s'est pro-

---

(1) Journal des Parquets, 1893, 1re partie, p. 50 et s., et p. 56 et s.

(2) V. note précit.

(3) V. note sous Trib. civ. de Nice, 19 mai 1909, D. 1910.2.169.

(4) V. note précit.

(5) V. concl. prises devant la Cour de Paris, 16 mai 1935, G. P. 1935.2.276.

(6) Rouen, 12 juin 1827, sous Cass. civ. 6 janv. 1830. S. et P. chr.; Bordeaux, 12 mars 1907, Rec. de Bordeaux, 1907.1.133.

noncée dans ce sens le 24 juillet 1924. La dernière jurisprudence est conforme (1).

Nous verrons plus loin (p. 95 et s.) que les deux seules lacunes du décret de 1920 sont : *a*) la délivrance aux parties des jugements et arrêts définitifs en matière criminelle, correctionnelle et de police (or, on considère que ces pièces peuvent être obtenues sur simple demande par les parties) ; *b*) la délivrance aux parties des autres pièces de la procédure en matière criminelle seulement. Pour ces pièces on estime que l'autorisation du Procureur général est requise. Ces solutions admises, la question ne se pose plus de savoir si le compulsoire peut encore jouer le rôle supplétoire qu'il a joué de 1811 à 1920.

§ 2. — *L'injonction aux greffiers.*

A notre connaissance, il n'existe pas de décision sur la question de l'injonction prononcée isolément. M. P. Garraud examine cependant le procédé en soi. Il y est conduit, il est vrai, par les termes de l'arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation en date du 24 juillet 1924 (2) : « Le jugement qui, sur des conclusions à fin de compulsoire, autorise le défendeur à faire compulser au greffe du tribunal, devant le greffier, l'information qui a donné lieu au renvoi de l'un des demandeurs devant le tribunal correctionnel et au jugement qui a suivi, et *qui ordonne, en tant que de besoin, que le greffier délivrera des copies de pièces strictement utiles au procès*.... porte atteinte aux prérogatives du Procureur général et à son droit absolu d'appréciation en matière de communication des dossiers criminels, correctionnels et de

(1) V. Nîmes, 25 mai 1938. D. H. 1938.553.
(2) D. H. 1924, 541.

simple police, et doit dès lors être annulé pour excès de pouvoir. » Les conclusions tendaient au compulsoire. Par contre, le dispositif : « ordonne en tant que de besoin que le greffier, etc. », semble bien destiné à vaincre une résistance du greffier, car le compulsoire, en soi, implique la délivrance de copies. Noter que l'on trouve ici un autre embryon de pouvoir juridictionnel, la décision laissant le greffier juge des pièces strictement utiles au procès.

Conclusion : *Le Ministère public, Procureur général ou Procureur de la République suivant les cas, est compétent, à l'exclusion de toute autre autorité, pour permettre la production des pièces de procédure pénale dans un débat civil.*

CHAPITRE III

LES FORMALITES AUTORISEES

Les décisions de justice, visant les formalités par lesquelles les pièces de procédure pénale parviennent à l'examen du juge, emploient souvent le terme de communication. On y trouve souvent l'attendu « que les pièces du dossier criminel ont été versées aux débats en vertu d'une communication non critiquée, et soumises à la discussion contradictoire des parties ». Nous avons jusqu'ici évité d'employer ce mot, qui résume et « confond », dans les jugements et arrêts, toute une série de formes, et qui a, dans les textes mêmes, des sens très divers.

Communication a, en effet, un et même plusieurs sens techniques en matière d'instruction criminelle. Il signifie la mainlevée du secret, quant à la personne de l'accusé, par rapport à son conseil (art. 302, al. 1, C. I. C.; art. 8, al. 1, loi du 8 déc. 1897), ou la mainlevée du secret de la procédure d'instruction par rapport au conseil (art. 302, al. 2 C. I. C.; art. 10, al. 1 et 2, loi du 8 décembre 1897). Au sujet de ce dernier texte, la circulaire du 10 décembre 1897 pose la règle que « la communication aura lieu dans le cabinet même d'instruction ou dans une annexe de ce cabinet ; la communication ne sera faite au greffe que lorsqu'il sera matérielle-

ment impossible de procéder autrement ; en ce cas, les pièces devront être cotées et inventoriées ». Nous retrouverons plus tard une « communication » analogue, dite, par les textes « sans déplacement », ou « sur place », ou encore « en minute ». C'est un des procédés tenant à la nature des choses.

De même communication a plusieurs sens techniques en matière de procédure civile. L'art. 77 parle de l'offre de communication de pièces à l'appui ou à l'amiable, d'avoué à avoué ou par la voie du greffe. Les art. 188 à 191 traitent par ailleurs de l'exception de communication de pièces, et l'art. 83 énumère les affaires communicables au Ministère public. La procédure de cette communication est réglée par l'art. 83 du décret du 30 mars 1908. Elle doit se faire par la remise du dossier au Parquet par les avoués, trois jours avant l'audience si l'affaire est contradictoire, et avant l'audience seulement, sans délai, si l'affaire est jugée par défaut.

Etant données ces acceptions multiples, nous avons usé jusqu'ici et userons dans la suite du terme de *production,* qui évoque le but final de toute formalité, soumettre les pièces de procédure pénale à l'examen du juge, et qui a le mérite de ne pas créer de confusion entre les diverses formalités. Si, en effet, le terme de production a parfois un sens technique, c'est, du moins dans des matières étrangères à notre sujet. Exemple : produire à une faillite.

Ceci dit, les pièces de procédure pénale produites dans un débat civil constituent, par certains côtés, et notamment par la foi due à l'écriture, une preuve littérale, dans un sens différent de celui où l'entend le Code civil. Comme telles, et sans préjudice du point de savoir auxquelles de

leurs mentions s'attache le caractère d'authenticité, elles sont parfois des pièces authentiques, en original ou copie. Elles sont parfois aussi de simples écrits privés. Plus précisément, elles consisteront, soit en de simples notes prises par un avocat, par exemple, au cours de l'instruction préparatoire (elles ne valent alors que comme écrit privé), soit en expéditions ou copies délivrées par le greffier, et valant comme l'original, soit dans les originaux eux-mêmes, procès-verbaux et actes divers.

SECTION 1re

Les expéditions ou copies

On s'explique que ce soit le seul procédé prévu par le décret de 1920, du fait que ce texte a pour objet le tarif des frais de justice en matière criminelle ou de police, et que seule l'expédition ou copie donne lieu à la perception d'un droit.

Les greffiers, nous l'avons vu, ont un rôle d'archivistes ou conservateurs, mais ils sont aussi commis à la délivrance d'expéditions ou copies des actes dont ils ont la garde. Dans la pratique, le terme d'expédition s'applique plus spécialement à la reproduction des ordonnances, jugements et arrêts, le mot de copie à celle des autres pièces de procédure. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre, le greffier y mentionne : « pour expédition (ou copie), collationnée, certifiée conforme, délivrée par le greffier », et les authentifie par sa signature et par le timbre du greffe apposés au bas de l'instrument.

Ce procédé, connu de la pratique, présente des

avantages : celui de l'authenticité — la valeur de ces documents n'a jamais été contestée ; s'ils sont produits, il n'y a plus qu'à les discuter au fond; — celui, non négligeable, de la conservation des minutes. Dans les affaires compliquées où se jouent de nombreux intérêts civils (affaire intéressant, par exemple, un officier ministériel condamné aux assises), il arrive que le dossier, après de multiples manipulations, réintègre le greffe dans un piteux état.

Ce procédé présente par contre des inconvénients : il est coûteux. Il oblige, par là même, à une discrimination qui peut être hâtive des pièces utiles ou non à l'instance civile. Aussi ne sera-t-il pas employé pour les dossiers compliqués et volumineux. Il oblige enfin le Ministère public à une grande circonspection du fait que les copies ont une valeur intrinsèque.

SECTION 2me

Les simples notes

Nous en avons déjà parlé et nous avons souligné que le fait d'avoir eu régulièrement connaissance d'un dossier dans une instance antérieure ne constituait pas un titre suffisant à la production de pièces dans l'instance actuelle. Ceci mis à part, les simples notes peuvent être produites après autorisation du Ministère public sans que l'original soit en aucune façon mis sous les yeux du tribunal. Elles peuvent l'être aussi concurremment avec l'original, ce qui a lieu dans le cas de dépôt du dossier sur le bureau du tribunal (V. section 3me).

Dans le cas où elles sont produites seules, les simples notes présentent l'avantage de la gratuité. Il y a aussi des chances que le dossier sorte moins abîmé des manipulations qui auront eu lieu, puisque, dans ce cas, le greffier criminel ne transmet pas le dossier à son collègue de la juridiction civile, et que les références se prennent devant lui (et encore à condition que l'instance civile se déroule au même siège que l'instance pénale).

Par contre, le défaut d'authenticité de ces notes peut être soulevé par l'adversaire, avant toute discussion au fond. Il y a même des cas où le juge le soulève lui-même, et rejette les pièces, pour ce motif qui, il est vrai, s'ajoute à d'autres : « Considérant, dit la Cour de Paris, que dans ces conditions les pièces versées au débat ne l'ont pas été régulièrement, *qu'elles ne présentent même aucun caractère d'authenticité* et qu'il n'y a pas lieu de les admettre (1) ». Nous ne voyons d'ailleurs pas pourquoi le juge ne soulèverait pas d'office le défaut d'authenticité dans des hypothèses où n'interviendrait pas comme ici une autre cause d'exclusion et où il aurait tout lieu de supposer que les simples notes sont infidèles.

Le juge réserve parfois aussi le cas où l'adversaire contesterait l'exactitude de la copie. « Considérant, dit la Cour de Riom, qu'il échet donc, réglant l'incident élevé de ce chef, de décider que le document sera versé aux débats pour y être discuté contradictoirement, si, par ailleurs, l'exactitude de la copie n'est pas contestée. » (2). Il s'agissait, en l'espèce, d'un procès-verbal de gendarmerie, classé au Parquet et dont il ne pouvait être délivré de copie authentique, faute d'officier minis-

(1) 15 mai 1935. G. P. 1935.2.276.
(2) 8 mai 1929, G. P. 1929.2.309.

tériel compétent). Enfin, au sujet de ces simples notes, il peut être demandé par l'adversaire, ou même d'office par le juge, que la preuve de l'autorisation du Ministère public soit rapportée, tandis qu'à la rigueur, pour les copies authentiques, l'octroi de l'autorisation peut se présumer du fait qu'à son défaut les greffiers se refusent à la délivrance d'expéditions ou copies.

SECTION 3me

Les originaux

La production des originaux n'est jamais le fait des parties. Elle résulte de mesures d'avant-dire-droit — ordonnances des juges-commissaires prises en vertu du décret-loi de 1935, jugements et arrêts des juridictions civiles — qui, sur demande, il est vrai, des parties, ordonnent *le dépôt du dossier sur le bureau du Tribunal ou de la Cour.*

Ces décisions d'avant-dire-droit doivent, prudemment, subordonner leur force exécutoire à l'autorisation du Ministère public (1), sans cela elles retomberaient dans l'excès de pouvoir commis et sanctionné par la Cour de Cassation dans l'hypothèse de compulsoire.

La procédure est la suivante : la partie qui a obtenu la mesure en adresse une expédition au Procureur général ou au Procureur de la République, et y joint une requête aux fins d'autorisation. Le magistrat du Ministère public avertit par lettre que l'autorisation est accordée et en même

(1) V. Nîmes, 25 mai 1938, D. H. 1938.553.

temps adresse une note au greffier répressif détenteur du dossier. Celui-ci le transmet à son collègue de la Chambre civile devant laquelle est pendante l'action. La consultation a lieu à ce greffe. Les avoués ou avocats prennent des notes qui passent en conclusions. Si les conclusions en réponse contestent les faits, le juge pourra puiser dans le dossier pénal joint au dossier civil, et déposé sur le bureau du tribunal, des éléments de conviction. Dans le cas contraire, le juge se trouvera en présence d'une confession ou d'un témoignage et en principe pourra se dispenser de se référer au dossier (1).

Tel quel, ce procédé présente l'inconvénient, déjà signalé, du déclassement et de la détérioration possibles du dossier. Il présente aussi, comme les simples notes, l'inconvénient majeur pour le greffier de ne donner lieu à la perception d'aucun droit. Nous ne savons pourtant pas que les greffiers aient protesté contre la pratique courante du dépôt du dossier. Ce qui ne fait point l'affaire des auxiliaires fait, par contre, celle des parties qui ont gratuitement la disposition de toutes les pièces, et dans l'original. De plus, leur dépôt est ordonné par

---

(1) Telle est, du moins, la pratique de la Cour d'Alger. Sur l'importance de cette Cour, v. discours de M. l'Avocat général Coquillard, audience solennelle de rentrée de la Cour d'Appel d'Alger du 2 octobre 1936. « La Vie judiciaire à Alger, après 1830. » « La Cour d'Appel d'Alger est la deuxième de France. Avec la Tunisie qui, judiciairement, dépend de notre Cour, elle représente près de 10 millions de justiciables. Comme Cour de province, elle prend la première place, avec ses huit Chambres, ses trois Tribunaux de 1re classe, et ses 14 Tribunaux de 2e classe, sans oublier les Tribunaux de Tunis et de Sousse (. . . .). Les Tribunaux de 1re Instance d'Algérie ont jugé l'année dernière 30.419 affaires civiles, 33.893 affaires correctionnelles, etc., etc. Ces chiffres sont éloquents et méritent d'être cités. »

un jugement ou arrêt d'avant-dire-droit qui a le mérite de faire connaître avant l'audience à l'adversaire que les pièces seront utilisées (V. inf. p. 177).

CHAPITRE IV

LES PIECES DE PROCEDURE PENALES SUR LESQUELLES PORTE L'AUTORISATION

Nous ferons, dans une première section un historique de la question et, dans une deuxième section, un exposé des données du droit positif.

SECTION 1re

Les précédents

L'art. 56 du décret du 28 juin 1811 disposait que : « en matière correctionnelle et de simple police, aucune expédition ou copie des pièces de la procédure ne pourrait être délivrée aux parties sans une autorisation expresse de *notre* Procureur général. Mais il leur sera délivré sur leur seule demande, expédition de la plainte, de la dénonciation, des ordonnances et des jugements définitifs » (1). La simple lecture de cet article suggère les remarques suivantes : *a*) Il passe sous silence la matière criminelle; *b*) il ne traite point des tiers; *c*) il distingue les actes dont l'expédition ou

(1) Duvergier. Collection des lois. T. XVII, p. 441 et s.

copie peut être délivrée sur demande de ceux dont l'expédition ou copie ne peut être délivrée sans une autorisation expresse du Procureur général. Modifiant et déplaçant quelque peu les termes de cette distinction, nous allons voir successivement et rapidement ce qui a trait aux arrêts et jugements définitifs, et ce qui concerne les autres pièces de procédure.

§ 1er. *Les arrêts ou jugements définitifs.*

Ces décisions ne présentent pour nous qu'un intérêt restreint, soit parce qu'elles font autorité au civil, soit parce que, dénuées au civil d'autorité, elles ne doivent pas, selon nous, y être produites comme éléments de preuve (V. 1re partie). Les écrivains ne traitent pas spécialement cette question, mais poussés par les nécessités de la pratique, cherchent un palliatif général à l'insuffisance du décret de 1811.

Ce texte, passant sous silence les parties en matière criminelle, et les tiers en toute matière les *excluait de l'expédition sur demande des jugements et arrêts définitifs, et cela sans recours possible au Procureur général.* Le secret était la règle, la divulgation l'exception.

Mais, dès le 20 août 1827, une circulaire du Ministère de la Justice prenait le contre-pied de cette règle, décidant « qu'on ne pouvait refuser de délivrer expédition d'un arrêt ou d'un jugement rendu en matière correctionnelle, criminelle ou de police, même lorsque celui qui la réclamait était un tiers non intéressé dans l'affaire. *L'art.* 56 *n'avait point dérogé à l'art.* 37 *de la loi du* 7 *Messidor An II, ni à l'art.* 853 *C. pr.; il n'avait pour but que d'assurer le secret des procédures criminelles non termi-*

nées » (1). La pratique administrative était désormais fixée dans le sens d'une expédition sur simple demande, à toute personne, des arrêts ou jugements rendus en toutes matières (2).

La doctrine acquiesce. On peut du moins l'induire, par *à fortiori*, d'une note de M. Labbé, qui considère la question dans l'ensemble et déclare : « L'instruction a abouti à des débats publics et contradictoires. *Toute personne semble avoir le droit d'invoquer cette procédure qui est devenue publique.* Nous déciderons de même au cas où les débats publics auraient abouti à un acquittement ou à un renvoi » (3).

Paraît la loi du 5 août 1899 (modifiée notamment par la loi du 11 juillet 1900) sur le casier judiciaire et la réhabilitation du droit. Les errements de la pratique vont à l'encontre des art. 4, 5 et 6 de la loi, sur la délivrance des bulletins n°s 2 et 3, de l'art. 10, sur la réhabilitation de droit. Le 26 janvier 1909, circulaire de M. Aristide Briand, Garde des Sceaux, aux Procureurs généraaux près les Cours d'appel (4). Elle rappelle la dépêche du 20 août 1827, et en critique l'argument. Les dispositions de l'art. 853 C. proc. sont nécessairement limitées, dit-elle, au domaine propre du Code de procédure; elles ne sauraient déborder sur celui du Code d'instruction criminelle et, dans le silence de ce code, ne sont pas applicables de plein droit en matière criminelle ou correctionnelle. Elle conclut : « Je vous prie donc de veiller désormais à ce qu'il ne soit plus délivré d'expéditions, copies ou extraits des arrêts ou jugements

---

(1) Gillet et Demoly, Analyse des circulaires du Ministère de la Justice, 2e éd., p. 373.

(2) V. Circ. des 30 déc. 1850, 4 juin 1851, 23 mai 1853.

(3) V. note sous Cass. Req., 3 janv. 1888, S. 1889.1.5.

(4) B. O. du Ministère de la Justice 1909, p. 30.

portant condamnation.... qu'aux personnes qui ont été parties à l'instance. »

La doctrine, aussitôt, cherche une échappatoire juridique. M. le Procureur général Loubat la trouve dans le compulsoire (1).M. Loubat fait sien, par des voies différentes de celles qu'empruntait M. Briand, le principe posé par la circulaire du 26 janvier 1909, à savoir que les dispositions de l'art. 853 C. proc. civ. ne sont pas applicables en la matière, et il parvient à la solution du compulsoire par le raisonnement en forme de syllogisme que nous rapportons tout de suite : le Code de procédure civile (dont les art. 846 et 847) constitue le droit commun de la procédure, et vaut comme loi supplétive dans le silence des autres textes ; or, la loi pénale a gardé le silence sur la délivrance aux parties en matière criminelle, et aux tiers en toute matière, d'expéditions ou arrêts définitifs ; il convient donc d'appliquer, à titre supplétif, les art. 846 et 847 C. proc. civ.. Noter que M. Loubat donne à sa doctrine un champ d'application très vaste, tant en ce qui concerne les personnes que les pièces. Nous avons cité plus haut (V. p. 77) les auteurs qui, avec quelques variantes, préconisaient la même solution, et dit que la jurisprudence était divisée. Quant à la pratique judiciaire, nous allons voir tout de suite la solution simple qu'elle a adoptée.

§ 2. — *Les autres pièces de procédure*

M. Pierre Garraud, dans une note précitée sous un arrêt de la Chambre des requêtes examine, à propos de ces autres pièces, les procédés possibles de production dans un débat civil. « Avant 1920, écrit-il, on s'accordait en général à dénier aux greffiers le droit d'accorder à quiconque, sans

(1) V. note sous Nice, 19 mai 1909. D. 1910. 2. 169.

autorisation, copie des pièces de procédure pénale autres que les arrêts ou jugements définitifs, ou même de communiquer sur place les mêmes éléments. » Mais, de même que les auteurs précédemment cités avaient fait appel au Code de procédure civile pour forcer les arcanes des greffes, de même M. P. Garraud interroge dans ce but le Code d'instruction criminelle.

L'art. 305 est sollicité le premier. « Pour les accusés, écrit M. P. Garraud, ils pouvaient, après interrogatoire par le Président des Assises, se faire délivrer à leurs frais des expéditions et copies des diverses pièces de la procédure. Mais l'on était d'accord pour limiter cette procédure spéciale à la période s'écoulant entre l'interrogatoire du Président et la décision prise par la Cour d'assises, *de sorte que les dispositions de l'art.* 305 *n'offrent guère d'intérêt en ce qui concerne la communication des procédures criminelles, en vue d'un procès civil,* d'autant qu'elles se sont complétées, dès 1897, des dispositions de la loi du 18 décembre 1897, assurant la communication de la procédure au conseil, au cours de l'instruction préparatoire.» (1).

---

(1) Critiques : 1° M. Garraud donne en référence : *a*) Cass. crim. 23 sept. 1852, S. 1853. 1. 315. Or, cet arrêt ne limite pas la délivrance d'expéditions ou copies à la période sus-indiquée. Il dit simplement que la copie peut n'être remise que la veille de l'ouverture des débats. A quel point la délivrance peut-elle être prolongée dans le temps ? Il ne s'explique pas là-dessus ; *b*) Le Poittevin C. I. C., art. 305, p. 25, qui n'en dit rien non plus. D'ailleurs, M. Garraud lui-même fixe parfois comme terme extrême l'ouverture des débats ou la comparution aux Assises, d'autres fois la décision de la Cour.

2° M. Garraud semble dire qu'il y a relation entre le manque d'intérêt de l'art. 305 C. I. C. en matière civile et la loi de 1897. C'est au point de vue du procès pénal qu'il y a relation, le secret de l'information vis-à-vis du conseil, et par là de l'accusé, quant aux actes qui se font hors

L'art. 302 est alors sollicité à son tour. M. Garraud pose la question de savoir si la communication en minutes, aux parties, d'une procédure correctionnelle ou de simple police est subordonnée à une autorisation du Procureur général. Il opte pour l'affirmative. S'agit-il de procédures préalables ? Le secret de l'information s'oppose à une communication sur demande, fût-ce aux parties. S'agit-il, au contraire, de procédures définitives ? elles s'absorbent, écrit-il, dans les décisions qui les terminent (1).

Considérant alors la question dans son ensemble, pour les hypothèses, non prévues par le décret de 1811, M. Garraud se demande si les tiers au procès pénal, et, *à fortiori,* les parties à un procès criminel, en dehors de l'art. 305 C. I. C., pouvaient obtenir communication des pièces d'un procès répressif. Et il répond : « Malgré les termes de l'art. 56 la doctrine et la jurisprudence l'admettaient presque unanimement. » Et il opte, parmi les divers procédés possibles, pour celui que consacre une pratique administrative constante : le recours au Procureur général et, sur refus, au Garde des Sceaux.

Tels sont, très sommairement décrits, les principaux aspects de la question avant 1920. Nous

---

sa présence ayant été levé par ce texte. Ceci, à tout le moins, est confus.

3° Enfin, à la rigueur, ce n'est pas tant l'art. 305 qui s'est complété des dispositions de la loi de 1897, que l'art. 302 ; l'art. 305 vise en effet l'expédition ou copie, l'art. 302 et la loi de 1897, la communication sans déplacement.

(1) Est-ce à dire qu'il n'y a plus intérêt à connaître les résultats de l'information, une décision définitive étant intervenue ? Ceci n'est pas défendable. Que ces procédures suivraient désormais le sort des décisions définitives qui les clôturent ? Mais alors, ces décisions étant communicables sur demande aux parties, la procédure elle-même le serait ? Il y aurait de la part de M. Garraud contradiction à l'affirmer.

avons surtout insisté sur l'effort des écrivains pour trouver une solution, soit dans le Code de procédure, soit dans le Code d'instruction criminelle. Il ne reste plus à examiner que le droit positif actuel.

SECTION 2me

Les décrets du 5 octobre 1920 et du 28 décembre 1935 (1)

§ 1er. — *Première étape : Le décret du 5 octobre 1920.*

Le décret de 1920, pas plus que son prédécesseur, le décret de 1811, ne parle de la communication en minute. Nous en avons donné déjà la raison (v. sup., p. 83). Pourtant on constate dans ce texte un essai de vue d'ensemble de la question. Il s'organise autour de la distinction entre les parties et les tiers d'une part, entre les différentes pièces de la procédure, d'autre part.

I. — *En ce qui concerne les parties au procès pénal, il n'est rien dit des expéditions des jugements et arrêts.* Mais la délivrance d'expéditions étant libre pour les tiers, on en peut conclure qu'elle l'est *à fortiori* pour les parties. M. P. Garraud (art. précit.) est bien de cet avis, puisqu'il

(1) Rappelons tout de suite que, selon nous, la loi du 12 juil. 1937 dispense les parties qui demandent à produire les pièces d'un dossier classé par suite d'amnistie d'obtenir l'autorisation du Parquet. Il est d'ailleurs permis de penser que cette conséquence n'a pas été prévue par les rédacteurs de la loi, qui ont sans doute eu pour but de mettre fin à la controverse qui s'était élevée touchant les effets de la loi d'amnistie.

déclare que le décret de 1920 semble imposer un retour en arrière, autrement dit aux errements prescrits par la circulaire de 1827.

Pour les autres pièces de la procédure, il faut sous-distinguer entre, d'une part, la matière criminelle, et, d'autre part, la matière correctionnelle et de simple police.

1° *En matière criminelle* : L'art. 63 porte que « tout accusé, renvoyé devant la Cour d'assises, peut se faire délivrer à ses frais une expédition de pièces de la procédure, même de celles qui ne sont pas comprises dans la copie délivrée gratuitement. Le même droit appartient à la partie civile et aux personnes civilement responsables ». L'alinéa 2 apparaît donc comme un doublet de l'article 305 C. I. C., et, comme tel, il est pour nous dépourvu d'intérêt. Quant à l'alinéa 3, il assimile aux accusés, pour la délivrance des copies, la partie civile et la personne civilement responsable (1). Vis-à-vis de l'accusé, le secret de l'instruction préparatoire avait été levé en 1897. Vis-à-vis de la partie civile, il ne le sera que par la loi du 9 mars 1921. Ce n'est donc que pendant un très court laps de temps que le décret de 1920 a pu avoir une réelle importance. Mais ceci est de l'instruction criminelle. *La question se pose toujours de savoir si l'expédition est possible en vue d'une instance civile.* L'expédition aux parties étant subordonnée à l'autorisation du Procureur général en matière correctionnelle et de police (sauf en ce qui concerne lès plaintes, dénonciations ou ordonnances définitives) la même condition est requise ici.On établit ainsi une harmonie, en ce qui concerne les parties, entre la matière criminelle d'une part, les matières correctionnelle

(1) La jurisprudence admettait d'ailleurs en pareil cas la communication de la procédure à d'autres personnes que l'accusé. V. cass. crim. 6 janv. 1893. Bul. crim. N° 5.

et de simple police d'autre part. M. L. Saint-Laurens (1) fait de plus observer que « l'art. 65 D. 5 oct. 1920, permet maintenant au Procureur de la République ou au Procureur général d'autoriser la délivrance d'expéditions aux tiers (en matière criminelle) ; à plus forte raison le magistrat compétent peut-il l'autoriser pour les parties en cause. »

2° *En matière correctionnelle et de police* : L'art. 64 ne fait que rééditer les dispositions du décret de 1811. « Il peut être délivré aux parties et à leurs frais, sur leur demande, expédition de la plainte, de la dénonciation, et des ordonnances définitives, avec l'autorisation du Procureur général de toutes les autres pièces de la procédure. »

II. — *La grande innovation du décret de* 1920 *réside dans l'art.* 65, *qui concerne les tiers* : « En matière criminelle, correctionnelle ou de simple police, aucune expédition autre que celle des arrêts ou jugements définitifs, ne peut être délivrée à un tiers sans autorisation du Procureur général. »

Donc, d'une part, expédition sur demande des arrêts et jugements définitifs (on ne retrouve pas ici les plaintes, dénonciations et ordonnances définitives). C'est le retour aux errements de la circulaire de 1827.

D'autre part, expédition ou copie de tous actes de procédure pénale avec l'autorisation du Procureur général.

L'art. 65 ajoute : « Dans le cas prévu par le présent article et l'article précédent, si l'autorisation n'est pas accordée, le Procureur général doit notifier sa décision en la forme administrative et faire connaître les motifs de son refus. »

---

(1) Op. et loc. cit., 4. p. 207.

En somme, les deux lacunes du décret de 1920 *sont : la délivrance aux parties d'expéditions des jugements et arrêts en matière criminelle, correctionnelle et de police et l'expédition des autres pièces de la procédure en matière criminelle seulement.* La pratique les a comblées.

§ 2. — *Deuxième étape :* — *Le décret du 28 décembre 1935.*

Le décret du 28 décembre 1935 n'a pas modifié l'art. 63 du décret de 1920. D'où lacunes identiques. Sa nouveauté réside simplement dans un partage de compétence entre le Procureur de la République et le Procureur général. (V. le texte p. 57 et 58). Il ne faudrait d'ailleurs pas donner à ce partage de compétence une rigueur qu'il ne présente pas toujours en effet. S'il est vrai que, dans le cas où le Procureur général est appelé à donner son avis, le Procureur de la République ne saurait le suppléer, par contre, le Ministère public étant hiérarchiquement organisé, dans les affaires délicates, à raison, par exemple, des répercussions possibles dans l'opinion, le Procureur de la République, sollicité de donner son autorisation, pourra très bien en référer à son supérieur : le Procureur général.

Mais le Procureur de la République ne pourrait ni rejeter une demande, ni l'admettre, dans les cas où le Procureur général est seul compétent d'après le décret du 30 déc. 1935. C'est pourtant ce qui s'est produit. « J'ajoute, dit le Garde des Sceaux, dans la circulaire précitée du 27 août 1938, qu'il m'est signalé que des Procureurs de la République rejettent parfois des demandes de communication de pièces figurant dans un dossier classé sans suite, qui leur sont adressées par

erreur. — Vous aurez soin de rappeler à vos substituts qu'ils n'ont pas qualité pour statuer sur ces demandes, et qu'ils doivent les transmettre à votre Parquet général seul compétent pour en apprécier les mérites. »

Ceci dit, des quatre cas de compétence du Procureur général l'un apparaît comme la suite logique de l'organisation des juridictions répressives : cas des pièces déposées au greffe de la Cour d'appel. Dans les trois autres cas, le Procureur général est compétent parce que l'affaire, pour une raison ou pour une autre, n'a pas connu la publicité, ou le « grand jour » de l'audience. Ou bien cette affaire a été classée sans suite en vertu du principe d'opportunité ; ou bien, close sur une ordonnance de non-lieu, elle est restée secrète au moins en théorie vis-à-vis du public ; ou bien elle a été jugée à huis clos, les juges ayant estimé qu'elle était de nature à troubler l'ordre ou la moralité publique.

CHAPITRE V

L'AUTORISATION ET LE CONSENTEMENT

Nous venons d'étudier, dans leur étendue et leur objet, les pouvoirs du Ministère public. Il nous faut nous demander, pour en terminer avec eux, si la jurisprudence exigeant le consentement de l'adversaire n'y trouve pas son fondement.

M. le Président Mimin écrit à ce propos : « On peut supposer que les arrêts qui postulèrent le consentement des plaideurs pour l'emploi du dossier pénal s'inspirèrent d'une considération de morale juridique, d'ailleurs difficile à exprimer. Est-il recommandable d'abandonner au seul arbitraire d'un homme, fût-ce un magistrat, mais un magistrat statuant sans débat, la production de de pièces officielles, d'où va dépendre le sort d'un litige privé ? Si on n'exige pas le consentement des parties pour balancer un tel pouvoir, il reviendra au Procureur général, voire au Procureur de la République, en certains cas, de décider d'avance, dans la solitude de son Parquet, du gain ou de la perte d'un procès, selon qu'il lui plaira d'accorder ou de n'accorder point une communication. Cette considération est de poids. Mais rappelons qu'elle devrait appeler semblablement l'accord des intéressés quand le Ministère public communique une enquête classée (ou quand le Ministre jette un dossier administratif dans le conflit des intérêts

privés) » (1). Ce rapport, établi par M. Mimin, entre l'exigence d'un consentement, et les pouvoirs du Ministère public, inspire les remarques suivantes :

1° M. Mimin hésite entre l'expression nue d'une pensée et les précautions oratoires. Il parle du « seul arbitraire d'un homme, fût-ce un magistrat ». Mais, d'autre part, il écrit : « Une considération de morale juridique assez difficile à exprimer » et il souligne que le magistrat statue sans débat. En somme, selon M. Mimin, le danger résiderait, pour les personnes intéressées au secret d'une procédure, non point tant dans l'arbitraire du Procureur général ou du Procureur de la République, que dans le fait qu'il statue sans débats.

2° Faisons dire à M. Mimin peut-être un peu plus qu'il ne dit et supposons que les parties puissent raisonnablement redouter un acte d'arbitraire, une décision consécutive non à l'examen que nous avons analysé plus haut, mais à de pures considérations de personnes. Une critique surgit aussitôt dans l'esprit : faire fond sur cette hypothèse serait jeter la suspicion sur l'institution judiciaire. Réponse : ce n'est pas en prévoyant des remèdes à des défaillances possibles que l'on discrédite une institution. Nos codes fourmillent de garanties données aux justiciables contre toutes sortes de défaillances. Et singulièrement en ce qui concerne les actes caractérisés d'arbitraire, les actes vexatoires, le législateur n'a pas craint, et encore tout récemment (2), d'organiser la procédure de la prise à partie. Certes, la femme de César ne doit pas être suspectée. Mais, encore un coup, ce ne sont

(1) V. note précitée.

(2) L du 7 février 1933, mod. les art. 505, 510, 513, 516 C. proc. civ..

pas les garanties octroyées aux justiciables qui saperont jamais le prestige d'une institution ni même la mise en œuvre de ces garanties. Ce serait des actes avérés et réitérés d'arbitraire, dont il n'existe pas d'exemples.

3° Les parties sont suffisamment protégées par le recours gracieux que leur ouvre implicitement l'art. 65 nouveau du D. du 5 oct. 1920, et par le recours contentieux, que, sans nul doute, si elle en était sollicitée, leur ouvrirait la Cour de cassation. Les circonstances actuelles ne nous ont pas permis de rechercher si de telles requêtes avaient été soumises à la Chancellerie, et les recueils n'offrent pas d'exemple de prise-à-partie. Mais rien ne dit qu'il ne s'en produira pas. Il suffit de supposer une affaire d'un intérêt assez considérable. En tout cas, comme nous l'affirmions plus haut, la faculté pour un plaideur d'intenter cette procédure ne souffre pas de doute.

Mais quid de la protection des parties contre un octroi arbitraire ? Nous ne voyons pas de bonne raison de ne pas ouvrir en ce cas le même recours gracieux aux parties qu'en cas de refus arbitraire. Le fait de porter à la connaissance et à l'appréciation du supérieur hiérarchique l'acte de l'inférieur est dans la pratique très fréquent. Un texte n'apparaît pas pour cela nécessaire. D'ailleurs le décret de 1920, qui est regardé comme ouvrant un recours gracieux au cas de refus d'autorisation, n'a fait que consacrer implicitement les errements de la pratique. Tout le monde est d'accord pour dire que le Procureur général autorise la production du dossier secret sous sa responsabilité. Pourquoi ne pas permettre à la partie intéressée de signaler à titre préventif à la Chancellerie les inconvénients de la production des pièces de la procédure ? Evidemment le procès civil, malgré les éléments de

preuve criminels qui contribuent à l'instruction ou la parachèvent, devrait être suspendu jusqu'à décision du Ministre. Mais ne doit-il pas en être de même si une partie se pourvoit contre le refus d'autorisation ? Précisons bien que nous n'admettons ce recours que parce que, dans de rares occasions sans doute, le procédé peut se révéler utile sur le plan de l'ordre public et de la répression, et parce qu'après tout, il apparaît comme étant de bonne guerre. Nous n'en concevons d'ailleurs pas l'usage de la part de la personne qui a bénéficié de l'ordonnance de non-lieu.

Admettre un recours contentieux semble plus délicat. L'intérêt est ici plus rigoureusement qu'en matière gracieuse la condition et la limite de l'action. Or, la partie qui se prétend lésée par l'autorisation ne saurait invoquer ni la règle du secret de l'instruction, ni un intérêt pécuniaire, ni même un préjudice moral exorbitant, et, par ailleurs, l'acte d'arbitraire du Ministère public devrait être caractérisé.

4° M. Mimin le signale lui-même, il n'y a pas coïncidence entre les pouvoirs du Ministère public et la nécessité du consentement, ou la prétendue garantie contre l'arbitraire des magistrats du Parquet. Le distingué annotateur cite les dossiers classés sans suite. Mais, si tel était bien le fondement de la jurisprudence, elle devrait exiger le consentement de la personne contre qui les pièces sont produites chaque fois que leur production est subordonnée à l'autorisation du Ministère public.

5° Enfin, et là réside surtout le point faible de cette opinion, le consentement de l'adversaire n'est qu'une prétendue garantie, au moins dans certains cas. Nous voulons bien que le pouvoir d'obstruction conféré par la jurisprudence constitue une sûreté,

dans le cas où le Procureur général, ou le Procureur de la République, aura accordé le dossier pour des raisons tenant à la qualité des personnes, et encore à condition qu'il l'ait fait au mépris de l'ordre public. Mais que devient l'idée de garantie, si, comme il y a lieu, malgré tout, de le présumer, le magistrat a été bon juge en décidant que l'ordre public n'était plus intéressé au maintien du secret de la procédure ? Pour un cas où le Ministère public aura peut-être commis un arbitraire, on sacrifiera dans mille autres cas le droit à la preuve de la personne lésée.

Conclusion : *L'exigence du consentement ne peut être rattachée aux pouvoirs du Ministère public.*

TITRE II

LE SECRET DE L'INSTRUCTION

Ce titre est une présentation méthodique et critique de la littérature et de la jurisprudence relatives à la nécessité du consentement de la personne contre qui sont produites les pièces d'une procédur pénale, close par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu.

Nous étudierons successivement :

Chapitre I : L'état de la jurisprudence.

Chapitre II : La nature et le fondement du secret de l'instruction.

Chapitre III : Le champ d'application du secret de l'instruction.

Chapitre IV : Les conséquences du secret de l'instruction.

Chapitre V : Le consentement de l'adversaire et le secret de l'instruction.

CHAPITRE Ier

L'ETAT DE LA JURISPRUDENCE

Nous étudierons dans ce chapitre l'état de la jurisprudence, dont nous n'avons fait qu'indiquer jusqu'ici les deux grandes thèses opposées : d'une part, nécessité du consentement; d'autre part, inopportunité du consentement.

SECTION 1re

Jurisprudence des Tribunaux et Cours d'appel

Il est admis, depuis un siècle, que, dans les matières civiles où la preuve peut être faite par témoins ou par présomptions, le juge peut baser sa décision sur les éléments d'une procédure criminelle ou correctionnelle (1). Les pièces seront

(1) V. arrêts cités p. Ed. Fuzier-Herman, Nouveau Code civil annoté, 1903-1905, a. 1316, n° 123 ; v. aussi conclusions de M. le Substitut du Procureur général Legris sous Cour de Paris, 12 février 1923, G. P. 1923, 1. 392. En ce qui concerne la Doctrine, v. Sourdat, Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, 6e éd. T. 1, n° 348 ; Demogue, Traité des obligations en général, T. IV, n° 549; Gardenat et Salmon-Ricci, De la responsabilité civile des délits et quasi-délits, p. 238, n° 549; Lalou, La responsabilité civile, 2e éd., n° 488; André. Le principe de la neutralité du juge, Thèse Paris 1909-1910, p. 89 et s.; Hugueney, Rev. crit. 1927, p, 349, n° 2, etc.

produites au procès civil sous une des formes décrites ci-dessus, avec ou sans mesure d'avant-dire-droit prise par le juge civil, à l'exclusion du compulsoire ou de l'injonction aux greffiers ; mais, en tout cas, après autorisation du Procureur général ou du Procureur de la République, si cette autorisation est requise. Nous passons pour l'instant sous silence les conditions d'administration de la preuve par pièces de procédure pénale, qui relèvent de la procédure civile (v. inf. 3me partie).

Au contraire de ce qui se passe pour les procédures jugées (1), la question souffre des difficultés pour les procédures closes par un arrêt ou une ordonnance de non-lieu, procédures secrètes, au moins théoriquement. Un arrêt précité de la Cour de Bastia, motivé par le caractère rigoureusement secret de l'information préalable, décidait que l'instruction ne pouvait, sauf exception légale, être produite devant une juridiction civile. Mais la majorité des cours optait pour la solution opposée, universellement admise aujourd'hui (2). Noter qu'aucune de ces décisions anciennes ne s'attachait au secret de l'information.

Mais quid du consentement de l'adversaire ? Ici la jurisprudence se divise. Les espèces où la ques-

---

(1) Hors le cas de huis clos, le secret ne joue pas si le procès pénal s'est terminé par un jugement d'acquittement ou de condamnation. En ce sens : Civ., 17 mai 1933, D. 1934. 1. 116 et note Mimin ; Civ., 19 déc. 1934 (sol. impl.) D. H. 1935.35 ; Req., 12 février 1935, Gaz. Pal. 1935. 1. 649 ; Riom, 5 mars 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 920 ; Paris, 25 juin 1930, Gaz. Trib., 1930. II. 2. 178 ; Alger, 12 nov. 1930, D. H. 1930, D. H. 1931. 89 ; Bayeux, 13 nov. 1930, G. P. 1931. 1. 16 ; Montauban, 26 oct. 1934, G. P. 1934. 2. 817; Angers, 6 mars 1935, G. P. 1935. 1. 627 (sous Civ. 18 févr. 1935) ; Poitiers, 12 nov. 1935, G. P. 1936. 1. 167 ; Seine, 16 févr. 1938, G. P. du 16 sept. 1938 (sous Thonon, 27 avril 1938).

(2) V. décisions anciennes : Cour de Rouen, 20 févr. 1876. D. 78.2.80 ; Aix, 4 mai 1874, D. 75.2.52.

tion se pose sont d'ailleurs rares, avant 1920, et se multiplient après cette date, comme si les parties, contre qui sont produites les pièces, voulaient regagner, sur le plan de la procédure, le terrain perdu sur celui de la délivrance des pièces par les greffes ou secrétariats. Certaines décisions exigent, pour que le juge puisse faire état de pièces pénales, ou bien que l'adversaire ne se soit pas expressément opposé ou bien qu'il ait tacitement ou même expressément consenti à la production (1). Par contre, d'autres décisions rejettent cette condition du consentement des parties, et ne se soucient que de l'autorisation du Procureur général. Elles posent plus ou moins nettement le principe que le secret de l'information préalable est étranger aux parties privées dans un débat civil (2).

§ 2. — *Jurisprudence de la Cour de Cassation*

Nous nous inspirerons ici de l'analyse magistrale des arrêts de cassation faite par M. le Président Mimin dans l'article précité.

M. Mimin distingue deux grandes phases dans la jurisprudence de la Cour Suprême : la première va des origines à 1888, la seconde de 1888 à nos jours. Pendant la première phase, on n'imaginait point que le secret de l'instruction ou le consentement des parties pût être un obstacle à la production du dossier pénal. On traitait comme les autres les procédures closes par un non-lieu. M. Mimin souligne que, dans l'affaire Saives, par exemple (3),

(1) Cour de Paris 20 juin 1933, G. P. 1933.2.586 et 16 mai 1935, G. P. 1935.2.276; Trib. civ. de Vitry-le-François, 23 juil. 1931, G.P. 1931.2.562; Cour de Riom, 28 nov. 1928, G. P. 1929.1.315 et 5 mars 1930, G. P. 1930.1.920. Trib. civ. de la Seine, 31 mars 1931, G. P. 1931.2.57.

(2) V. Cour de Toulouse, 25 nov. 1902.2.142; Cour de Riom, 10 nov. 1931. G. P. 1932.1.1314; Trib. civ. de la Seine, 4 janv. 1937, G. P. 1937.1.199.

(3) Req. 31 janv. 1859, D. P. 59.1.439.

il y eux deux instructions et deux décisions de non-lieu, et que, successivement, le tribunal, la cour, le conseiller rapporteur, M. d'Ubexi, et la Chambre des requêtes répondirent par des arguments tirés de la preuve par présomption, tout comme dans les affaires terminées en audience publique.

M. Mimin attribue à M. Glasson la paternité de la nouvelle jurisprudence. M. Glasson rattache l'impossibilité de principe d'utiliser le dossier criminel au caractère secret de l'information close par un non-lieu (1). Mais « s'il prête à la jurisprudence antérieure des vues qu'elle n'a pas eues.... on a prêté à la jurisprudence ultérieure les vues de l'éminent arrêtiste. Les décisions de la Cour de Cassation réclamant enfin le consentement des parties pour la production des dossiers secrets, la doctrine n'a pu attribuer cette entrave nouvelle qu'à l'application systématique d'une règle une fois révélée : la règle du secret de l'instruction. Or, la Cour de Cassation n'évoque jamais la règle du secret de l'instruction. » Ici, M. Mimin cite un certain nombre d'arrêts de la Cour de cassation. Nous en éliminerons quelques-uns, soit parce qu'ils n'entrent pas dans les limites de notre sujet (il s'agit, par exemple, de pièces d'une procédure disciplinaire), soit parce que les questions d'admissibilité de la preuve par pièces de procédure pénale, et de son administration, y sont mêlées, de sorte que ces décisions sont ambiguës, de sorte aussi que, séparant dans notre travail ce qui a trait à l'instruction criminelle de ce qui a trait à la procédure civile, nous ne pouvons nous occuper ici de telles décisions (2), soit enfin parce que l'exposant a

(1) V. note sous Orléans, 21 juil. 1888, D. 1890.2.9.

(2) Cass. Req., 6 janv. 1908, D. 1910.1.519.
Cass. Civ., 29 juil. 1903, D. 1903.1.448.
Cass. Req., 28 juil. 1936, G. P. 1936.2.684.

critiqué l'usage fait des pièces de procédure pénale sur le terrain de la force probante.

Des autres décisions (1) résulte que le consentement des parties peut n'être pas exprès, ou qu'il peut être explicite et résulter notamment de ce que la partie litigante a elle-même invoqué une pièce de la procédure, ou encore que le consentement peut s'inférer d'une absence d'opposition formelle. La Chambre des requêtes a même été jusqu'à repousser le pourvoi d'une partie qui s'était formellement opposée à la production. Il est vrai que le Ministère public était partie principale au procès, qu'il agissait dans l'intérêt général. De ce fait, les données du problème étaient quelque peu transformées.

Conclusion : M. Mimin peut à bon droit parler du fléchissement du principe de la nécessité du consentement, de sa décadence, et de sa réduction, par la Cour de cassation, à un contenu négatif. En réalité ce principe est le plus souvent platonique. La meilleure preuve en est un arrêt de la Chambre civile en date du 28 avril 1937, non cité par M. Mimin (2). Le pourvoi en cassation invoquait « la violation des art. 1315 et s. du C. civ., des règles en matière de preuve, du principe du secret de l'instruction criminelle, ainsi que de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, en ce que, pour prononcer la séparation de corps entre les époux Testasecca-Combes de Lestrade, la Cour de Toulouse avait uniquement fondé sa décision sur les éléments d'une instruction correctionnelle en adultère terminée par un non-lieu, alors que l'exposante

(1) Cass. Req., 27 janv. 1909, D. 1909.1.120.
— d° — 31 mai 1927, G. P. 1927.2.382.
— d° — 24 mars 1924, D. H. 1924.285.
— d° — 25 mars 1924, D. H. 1924.281.

(2) G. P. 1937.2.87.

s'était expressément opposée à la production aux débats de cette instruction, et qu'il est de principe que les juges du fond ne peuvent prendre pour base de leur décision une procédure criminelle ou correctionnelle que si cette procédure a été versée aux débats du consentement exprès ou tout au moins tacite des parties ». Sur ce moyen, la Chambre civile répond : « Attendu que, s'agissant d'une information pour entretien d'une concubine au domicile conjugal, suivie contre le sieur Testasecca sur la plainte de sa femme qui s'était constituée partie civile, la Cour d'appel, saisie d'une instance en séparation de corps engagée par les deux époux, avait le droit de faire état de l'arrêt de non-lieu rendu par la Chambre des mises en accusation, signifié à la femme à la requête du mari, et d'où résultait que l'adultère, commis par le mari, ne l'avait pas été au domicile conjugal ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé. »

Nous nous trouvons toujours devant le même genre de procédé. C'est-à-dire que la *nécessité du consentement au cas de non-lieu n'est pas répudiée ; mais que tout se passe comme si elle l'était en effet.* Tantôt on se prévaut du défaut d'opposition formelle ; tantôt, de l'imprécision des griefs d'une partie qui aura, par exemple, critiqué l'admissibilité en preuve des pièces de procédure ; tantôt, comme ici, on se base sur la circonstance que l'arrêt de non-lieu en lui-même, et abstraction faite de la procédure qui l'a précédé, suffit à fonder la demande d'une partie. Or, on peut à bon droit critiquer, au moins en principe, des décisions de non-lieu telles que celles dont s'agit, puisque, ne se bornant pas à déclarer que le délit n'existe pas, que tous les éléments n'en sont pas réunis, elle impute sans nécessité à un inculpé des faits qui peuvent emporter les graves conséquences de l'adultère. Tantôt enfin la jurisprudence, si elle

pose en principe la nécessité d'un consentement formel, n'exige qu'il soit obtenu que des personnes au profit ou à l'encontre desquelles a été rendue la décision de non-lieu, en d'autres termes des parties au procès pénal ; de telle sorte que les pièces pénales, en dépit du principe, seront admises en l'absence du consentement tacite ou formel, ou même malgré l'opposition expresse du tiers au procès criminel (1).

Pour en terminer avec cette étude rapide de la jurisprudence (nous n'y avons pas insisté parce qu'elle a été faite, et excellemment, par les écrivains cités), nous devons appuyer encore sur ceci que, *d'après la Cour de cassation il y a coïncidence entre le secret de l'instruction et le consentement de la personne contre qui les pièces sont produites.* C'est tout ce que, honnêtement, on peut faire dire à

(1) V. p. ex. Cour de Paris 10 avril 1937, D. H. 1937.411. Nous faisons état de cette décision dans un paragraphe relatif à la jurisprudence de la Cour de Cassation afin de montrer la variété des moyens employés pour éluder le principe. La Cour de Cassation, est-il besoin d'y insister, ne fait pas de distinction entre les personnes dont le consentement est exigé. Cette distinction est d'ailleurs inexplicable. Pourquoi admettre plus facilement la preuve contre un tiers à l'information, vis-à-vis de qui cette information est demeurée secrète, qui n'a pu y exercer aucune espèce de contradiction ? MM. Mazeaud (Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. T. II, 3e éd., 1939, n° 1725) donnent cependant l'explication suivante de cette décision tout à fait isolée de la Cour de Paris (contra. Aix, 3 fév. 1938, D. H. 1938, 249) : « Seules, les parties au procès pénal peuvent invoquer le secret de l'instruction. Les autres, comme tous les tiers, ont été représentés par le Ministère public, représentant de la société. Celui-ci a renoncé au secret; les tiers du procès pénal ne peuvent plus s'en prévaloir. Aussi la victime qui ne s'est pas constituée partie civile ne peut-elle s'opposer à la communication. » Critiques : *a*) On ne voit pas très bien comment le Ministère public peut représenter les intérêts moraux et surtout pécuniaires d'un tiers au procès pénal ; *b*) MM. Mazeaud eux-mêmes disent que l'opposition à la production n'est pratiquement possible que de la part d'un tiers au procès civil (lire : pénal), Cf. inf. p. 132, note 1.

la Cour suprême. Le premier réflexe des commentateurs a été de voir dans la coexistence du secret et du consentement plus qu'une coïncidence, un rapport de cause à effet. Mais l'explication est apparue insuffisante. L'énigme est demeurée, et les écrivains ont proposé d'autres réponses au Sphynx : contrepartie de l'arbitraire possible du Ministère public, absence des garanties propres aux litiges d'ordre privé, que nous étudierons dans la troisième partie.

CHAPITRE II

NATURE ET FONDEMENT DU SECRET DE L'INSTRUCTION

L'originalité des questions soulevées par la production de pièces de procédure pénale dans un débat civil, réside, pour une grande part, dans l'obligation qu'elle crée de considérer les textes et les principes d'instruction criminelle sous une optique nouvelle. Cela paraît une tautologie que de dire que les textes de procédure sont fonction des hypothèses procédurales. Les étendre hors des circonstances pour lesquelles ils ont été portés conduit souvent à un échec. Nous en avons vu plus haut des exemples avec les art. 853, 846, et 847 C. proc. civ. d'une part, avec les art. 302 et 305 C. I. C. d'autre part. Il nous faut examiner en cette place si les conséquences que la jurisprudence et les écrivains ont tirées, en matière civile, du principe du secret de l'instruction préparatoire ne sont pas, à quelques égards, excessives et inexactes.

SECTION 1re

Rappel de la conception classique du secret

C'est au droit canonique que nous devons une instruction préalable secrète. Ce caractère de la procédure *per inquisitionem*, suivie devant les tri-

bunaux ecclésiastiques, passa dans la Grande Ordonnance Criminelle de 1670, qui prévoyait une procédure à l'extraordinaire, rigoureusement secrète. Le Code de 1808, à son tour, adopte ces principes ; d'après lui, tout se passait à huis clos dans le cabinet du magistrat assisté de son greffier. « Mais le secret de l'instruction peut être envisagé vis-à-vis du public, et vis-à-vis des parties intéressées. Actuellement, le secret de l'instruction s'applique seulement au public, qui ne doit pas être introduit dans le cabinet du juge d'instruction ou dans la salle où siège la Chambre des mises en accusation, et qui ne doit pas davantage être renseigné sur ce qui s'y passe par les divulgations du magistrat, du greffier, des conseils de l'inculpé et de la partie civile. Mais depuis les lois de 1897 et de 1921, il est étranger aux parties poursuivantes, ministère public, partie civile, ainsi qu'aux conseils de l'inculpé et de la partie civile (1) ».

Le principe du secret qui n'est inscrit dans aucun texte, mais dont, par contre, le Code d'instruction criminelle tirait des conséquences, levées, en partie, par les lois précitées, a pour but une plus facile répression ; il est, par suite, d'intérêt public. Tous les auteurs sont d'accord là-dessus (2).

Le secret participant de l'intérêt, donc de l'ordre public, les auteurs ont été tout naturellement conduits à confronter d'une part cette notion d'ordre public, et, d'autre part, la manifestation

---

(1) P. Garraud, op. cit., p. 874.

(2) V., not., Faustin Hélie, Instruction criminelle, T. IV, n° 1553 et 1554 ; P. Mimin, L'interrogatoire par le juge d'instruction, éd. 1926, p. 108 ; Bonnier Ortolan, De l'instruction préparatoire, du secret et de la publicité de cette instruction, Thèse Paris 1872 ; Mariotte, Le principe inquisitoire, Thèse Paris 1902 ; Frémicourt, Les résultats de la loi sur la réforme de l'instruction criminelle, Thèse Lille 1904 ; de Moulins, De la publicité et de la contradiction dans la procédure pénale, Thèse Toulouse 1921.

expresse ou tacite de la volonté d'un particulier exigée par la jurisprudence ci-dessus rappelée pour la régularité de la production du dossier pénal dans un débat civil. Ils ont été amenés à examiner la mesure dans laquelle pouvaient composer ordre public et volonté privée.

Il est intéressant de noter tout de suite comment M. Calbairac, par exemple (art. précit.) glisse insensiblement de la notion d'ordre public à celle de convention privée. Il cite d'abord MM. Colin et Capitant (1). « Il ne peut dépendre de la volonté des particuliers d'écarter l'application des notions d'ordre public. » Mais il n'est pas encore dit en quoi consiste cette manifestation de la volonté des particuliers. M. Calbairac se réfère ensuite à M. Hauriou (2). « L'ordre public indique donc la limite de l'action des particuliers sur ce qui est d'intérêt collectif. » Il n'est pas davantage révélé en quoi consiste cette action. M. Calbairac, enfin, rapporte Ulpien (3) : *privatorum conventio jure publico non derogat.* Cette fois la manifestation de la volonté privée, son ingérence dans le domaine d'ordre public ne sont pas laissées suspendues. Indirectement, il est vrai, et par le truchement d'Ulpien, elle est rattachée à une autre volonté pour constituer une convention. C'est là une des interprétations possibles de la jurisprudence en la matière. Nous verrons que ce n'est pas la seule. Nous l'avons signalée ici pour entrer tout de suite dans le vif du sujet.

---

(1) Op. cit. T. I., p. 63.

(2) Précis de Droit administratif, 7e éd., p. 52, note 1.

(3) Dig., L. L. titre 17, Loi 45.

SECTION 2me

L'importance réelle du secret de l'instruction

Tel apparaît, à l'analyse, le secret de l'instruction : un principe intangible, reposant sur l'ordre public. Il va sans dire que le principe est analysé par les auteurs, *durante inquisitione*. Or, ici, l'instruction est close. On comprend mal les règles d'instruction criminelle si l'on ne se pénètre de cette idée qu'elles sont fonction du temps. M. de Moulins le soutient, à un autre propos sans doute, mais l'idée est toujours vraie. « Vis-à-vis de l'auteur d'une infraction, de celui qui l'accuse et le poursuit, la publicité d'une procédure doit s'entendre de la connaissance que ces parties en cause au procès pénal auront de cette procédure ; si elles la connaissent *dans son développement*, cette procédure sera publique pour elles ; dans le cas contraire, on dira que cette procédure leur demeure secrète (1) ». Quid, donc, de la règle du secret quand la procédure est terminée sur une décision de non-lieu ?

Un arrêt de la Cour de Bastia (2) déclare qu'une telle instruction, pouvant être reprise sur charges nouvelles, il y aurait péril pour l'intérêt de la justice qu'elle fût livrée à une divulgation prématurée. Cette divulgation pourrait, le cas échéant, permettre la sophistication d'une information ultérieure, ou empêcher même la reprise de l'information. Mais ce danger doit être remis à sa place par les considérations suivantes :

(1) Op. cit., p. 5.
(2) Bastia, 10 févr. 1892, D. 1892. 2. 397.

A. — Si les ordonnances ou arrêts de non-lieu ne clôturent les informations que de façon toujours provisoire (v. sup. p. 30), il faut prêter attention au fait que la réouverture des informations, même motivées par l'insuffisance des charges, est relativement très peu fréquente.

B. — Il est permis de penser que le Procureur général aura, dans la mesure du possible, pesé les chances d'une reprise, estimé le péril de la divulgation, et, s'ils existent, refusé son autorisation. En tout cas, l'analyse que nous avons donnée des questions qu'il doit se poser, lui en fait l'obligation.

C. — Le secret de l'instruction a déjà été atteint, et d'autant plus, semble-t-il, qu'il s'agissait d'une affaire délicate et de nature à passionner l'opinion. « La publication des actes de procédure officieuse étant seule interdite, écrit M. de Moulins, la loi n'atteint pas les narrations plus ou moins exactes de ce qui se passe au cours d'une instruction. » Et il cite, parmi les indiscrets, les greffiers d'instruction, les magistrats instructeurs eux-mêmes (ils le sont souvent à leur corps défendant), les avocats des parties, les gardiens de prison, le chauffeur de taxi qui a conduit le magistrat sur le lieu du crime, etc. On voit qu'il s'agit là de la plus vaste publicité : celle qui a lieu par la voie de la presse.

D. — Quand le secret par rapport au public n'aurait pas été atteint, la publicité des audiences civiles semble bien un peu surfaite. Ce ne sont pas elles qui attirent les foules. Et la plupart d'entre elles se passent avec, pour seule audience, les avoués et les avocats. On pourrait justement faire observer que les débats peuvent être reproduits par la voie de la presse (art. 39, L. du 29 juil. 1881). Mais ce même article dispose que, dans toute

affaire civile les cours et tribunaux pourront interdire le compte rendu du procès. On ne voit pas pourquoi il s'abstiendraient d'user de cette faculté pour ménager la reprise de l'information, si l'autorisation a été accordée à la légère, ou même éviter une atteinte inutile à l'honorabilité d'une partie. Pour répondre à l'objection de la publicité concomitante à l'audience civile elle-même, une décision a ordonnée le huis clos. On apprécie l'ingéniosité de la solution, sauf à remarquer que l'on comprendrait assez mal que cette mesure fût prise, s'agissant, par exemple, d'une information pour blessures involontaires occasionnées par une collision de véhicules (1).

E. — Enfin, ménager la reprise de l'action publique est essentiellement le rôle du Ministère public. Que viennent faire là les parties au procès civil ? Est-ce l'auteur du dommage qui s'oppose à la production ? Ce n'est certainement pas pour ménager la reprise de l'action publique ! Est-ce la victime ? Puisqu'elle a intenté l'action privée, peu lui importe l'action publique. Et d'ailleurs, nous y revenons, s'occuper de la répression n'est pas l'affaire, dans l'hypothèse, des parties au procès privé.

Pour conclure, une divulgation a eu lieu, que ni le Ministère public, ni les parties intéressées n'ont pu empêcher ; la divulgation à l'audience civile, à quoi le Ministère public, selon la loi, ou, à son défaut, la partie intéressée, selon une certaine jurisprudence, peut s'opposer, ne présente pas les dangers qu'on a dits.

Des considérations de ce genre conduiraient presque à dénier toute opportunité, non seulement

---

(1) Sur le huis clos, v. art. 87 C. proc. civ.; art. 239 C. civ. ; art. 81, de la Constitution de la République Française du 4 nov. 1848.

au consentement de l'adversaire, mais aussi dans bien des cas, au droit de regard du Ministère public. Mais rappelons-nous la règle de la spécialité de l'autorisation du Ministère public, et que le magistrat doit s'assurer que les pièces sont demandées pour être produites dans un débat civil. Plus généralement, souvenons-nous que la presse ne peut publier les actes officieux ; que, pour un esprit critique, les pièces elles-mêmes ont plus de poids qu'un article de journal ; qu'il est bon enfin qu'une publicité, si elle a déjà eu lieu par des moyens plus ou moins réguliers et dans des buts plus ou moins élevés, ne soit pas renouvelée, même avec des moyens beaucoup moins étendus, de l'avis conforme d'un Procureur général.

Pour en revenir au point précis qui nous occupe, c'est du côté du Ministère public, et non dans le courant de la procédure civile, qu'il faut empêcher les fuites. Les particuliers sont efficacement protégés par la loi contre un refus injustifié d'autorisation. Mais alors ils ne sont pas juges et parties. Ils disposent d'un recours gracieux, et même d'un recours contentieux. Le sont-ils contre un octroi injustifié d'autorisation ? *Oui, selon la jurisprudence décrite, par l'exigence du consentement.*

Mais outre ce que nous avons déjà dit, cette jurisprudence prête aux critiques suivantes :

A. — Elle présume une défaillance du Ministère public. Or, on ne peut tabler là-dessus. C'est la présomption contraire qui doit prévaloir ; autre chose est de prévoir une défaillance, et ses remèdes; autre chose est de la présumer.

B. — Le recours gracieux, la prise à partie sont des remèdes extraordinaires portés à un fonctionnaire, une juridiction supérieure, dans des cas extraordinaires, de défaillance, de négligence du

Ministère public. Le consentement apparaît comme un remède toujours possible, pouvant être appliqué même quand le mal n'existe pas, et dont il dépend uniquement de la partie intéressée d'user ou de ne pas user.

Nous venons de dire que l'exigence du consentement protégeait les parties contre un octroi *injustifié* d'autorisation. Vis-à-vis des parties privées au procès, et en ce qui concerne le secret de l'instruction, l'octroi n'a pas à être justifié. Le secret, sauvegarde d'une reprise possible de l'information, est étranger aux parties. Si néanmoins nous avons admis la possibilité, dans certains cas, d'un recours gracieux contre l'octroi, ce n'est, en ce qui concerne les parties, qu'à titre d'expédient de bonne guerre, et, en ce qui regarde la reprise éventuelle de l'information, que, par un scrupule peut-être excessif, et par surcroît de précaution.

CHAPITRE III

CHAMP D'APPLICATION DU SECRET

Nous avons défini l'admissibilité, les conditions mises par la loi ou la jurisprudence à l'administration de la preuve en justice. La première condition consiste dans l'autorisation du Ministère public, la seconde dans le consentement de la partie contre laquelle les pièces sont produites. Nous avons énuméré les pièces dont la production est soumise à la première condition. Pour les pièces dont la production est soumise à la seconde, ce sont d'après la jurisprudence, celles qui s'échelonnent dans le temps depuis l'ouverture de l'information régulière jusqu'à sa clôture par arrêt ou ordonnance de non-lieu. M. Calbairac, qui opte d'ailleurs contre le consentement, donne une apparence de raison à la jurisprudence en distinguant les pièces confidentielles et les pièces secrètes (v. art. précité). C'est cette distinction que nous allons critiquer tout de suite.

Dans la pratique, le qualificatif de confidentiel a un sens bien déterminé : on désigne par là les documents résultant de l'enquête officieuse. Ils forment, dans les dossiers, une liasse spéciale. Leur caractéristique juridique essentielle est qu'ils ne sauraient faire preuve au pénal, d'une part parce qu'ils ont été établis en dehors des garanties octroyées à la défense par la Loi de 1897 ; d'autre part, parce qu'ils n'émanent pas de l'autorité qua-

lifiée d'instruction, mais d'autorités auxquelles, dans bien des cas, le juge d'instruction lui-même n'aurait pu déléguer ses pouvoirs.

Pour M. Calbairac, confidentiel a plusieurs sens :

A. — Les pièces confidentielles sont d'abord toutes les pièces classées aux archives des Parquets et des greffes (tant, du moins, dirons-nous, que l'expédition n'en peut être obtenue sur simple demande).

B. — Ce sont ensuite les pièces uniquement confidentielles, les plaintes, dénonciations, procès-verbaux de gendarmerie et de police, les dossiers classés sans suite (ces dossiers comprennent d'ailleurs essentiellement les pièces énumérées).

C. — Ce sont enfin les pièces de l'information régulière.

Le caractère confidentiel des plaintes, dénonciations, etc., *dont l'ésotérisme est simple,* serait vaincu, selon M. Calbairac, par l'article 1353 C. civ. Mais pour les pièces à la fois confidentielles et secrètes, celles de l'information régulière, *dont l'ésotérisme est double,* il y a conflit entre l'article 1353 du Code civ., qui donne au juge le pouvoir de puiser des présomptions dans un dossier pénal, et la « forte règle du secret de l'instruction ». Ce conflit doit être réglé par le Procureur général.

Nous souscrivons à la conclusion de M. Calbairac, tout en formulant les critiques suivantes :

1° Il nous donne moins une explication qu'une description du champ d'application du secret de l'information. Que l'ésotérisme soit simple ou double, l'autorisation du Ministère public est requise et l'article 1353 du Code civ. ne dispense pas plus d'y recourir dans l'un que dans l'autre cas.

2° Il ne faut pas attribuer à l'article 1353 des vertus qu'il n'a pas, notamment celle de vaincre un ésotérisme simple. Nous verrons d'ailleurs dans la troisième partie qu'il a été fait par la jurisprudence un véritable abus de cet article, et qu'elle a prétendu tirer des présomptions de pièces de procédure pénale, alors qu'elle en tirait en réalité des aveux ou des témoignages.

3° Cette distinction des pièces confidentielles et des pièces secrètes est créatrice de confusion. Confidentiel, nous l'avons dit, n'a qu'un sens dans la pratique. Et s'il est vrai qu'en ce qui touche la production dans un débat civil, l'ésotérisme des pièces régulières est plus fort que celui des pièces officieuses, la jurisprudence le voulant ainsi, en ce qui touche l'instruction criminelle, l'ésotérisme des pièces confidentielles est au contraire plus complet. L'enquête officieuse est conduite en effet en dehors des garanties de la loi de 1897. Ces pièces ne doivent pas être reproduites dans la presse (art. 38, L. du 29 juil. 1881).

En réalité, on ne peut absolument pas expliquer la différence de traitement des pièces officielles et des pièces officieuses. La divulgation des unes et des autres est également susceptible de compromettre soit la manifestation ultérieure de la vérité, soit les intérêts moraux des parties, soit leurs intérêts matériels. Si ces raisons nécessitent le consentement de l'adversaire pour la production des pièces officielles, elles le nécessitent également pour celle des pièces officieuses. Sinon le consentement doit être repoussé pour les unes comme pour les autres. Nous nous prononçons pour cette deuxième solution.

CHAPITRE IV

LES CONSEQUENCES DU SECRET DE L'INSTRUCTION

SECTION 1re

Les conséquences fortuites du secret

Nous continuons, sous cette rubrique, la critique de l'article de M. Calbairac, qui distingue les conséquences fortuites et les conséquences juridiques du secret de l'instruction. Le procédé logique de M. Calbairac est le suivant :

Prémisse : Le secret existe contre le prévenu.

Ce secret-inconvénient ne saurait fonder un droit-avantage. Il arrive que le secret entraîne des conséquences fortuites, des avantages. Ces conséquences fortuites, on vient de le voir, n'ont pas de bases juridiques. A ce moment de son *processus* logique, M. Calbairac fait intervenir la partie civile, le témoin sur qui pèsent des soupçons dans le cas d'information contre X., la personne civilement responsable. « Ce serait une grave erreur, écrit-il, que de confondre le fondement du secret de l'information (basé sur la nécessité sociale de la répression) et les conséquences fortuites de ce secret favorables à certains intérêts privés : hono-

rabilité des citoyens, dont l'atteinte est tenue secrète ; facilité de réunion des preuves qui bénéficiera à la partie civile. Et encore : « Il se peut qu'un prévenu, par souci de son honorabilité, ait intérêt à ce que ne soit pas dévoilé le secret d'une instruction en cours ou même passée ; qu'une partie civile, alors qu'il y a eu non-lieu, ait intérêt à se prévaloir du secret de l'information. Il se peut même que si l'information est simplement en cours la partie civile soit soucieuse que la révélation de cette procédure ne compromette pas la recherche des preuves, ce qui est à la base même du secret de l'information. Mais ces personnes, et le témoin sur qui pesaient les soupçons, le civilement responsable, peuvent bien prétendre avoir un intérêt pécuniaire, un intérêt moral, à ce que la procédure d'information demeure secrète. Ils ne sauraient prétendre y avoir un intérêt juridique. »

Conclusion : « Le juge ne se heurtant à aucune prérogative juridique des parties, ne rencontre plus que la forte règle du secret de l'instruction ; le Procureur général jugera. »

SECTION 2me

Critique de la théorie de M. Calbairac

Telle qu'elle est, cette théorie a le mérite de mettre en relief ce qui sera, dans la plupart des cas, le motif de l'opposition d'une partie à la production du dossier pénal ; son intérêt moral ou pécuniaire. Néanmoins, nous ne pouvons y souscrire sans réserves :

1° La prémisse est trop absolue. On ne peut pas soutenir aussi catégoriquement que le secret existe contre le prévenu. L'histoire de la législation est, en la matière, celle du fléchissement de l'intérêt social de la répression en faveur de la défense. Le secret a précisément été levé vis-à-vis du prévenu. Il est levé en fait, dans une certaine mesure, vis-à-vis du grand public. On peut soutenir plus justement que le secret, ou ce qui en reste, existe en faveur de la vérité.

2° Le secret n'est pas édicté contre la partie civile ; si l'on ne peut affirmer qu'il existe en sa faveur, on ne peut du moins opposer en ce qui la concerne le fondement du secret à ses conséquences fortuites.

3° Il convient de souligner le caractère invraisemblable de l'hypothèse procédurale que bâtit M. Calbairac. Il suppose que deux instances, l'une pénale, l'autre civile, sont simultanément en cours; que la seconde n'est pas suspendue, au mépris de la règle : le criminel tient le civil en état ; que la personne lésée est à la fois partie civile à l'instance pénale, et demanderesse à l'action civile, au mépris de la règle : *non bis idem* ; que l'inculpé, qui ne

sait encore s'il sortira blanchi ou non de l'instruction demande la production des pièces ; enfin que la partie civile s'y oppose, pour ne pas compromettre la recherche des preuves.

Par contre, nous croyons, avec M. Calbairac, que certaines conséquences du secret, favorables aux particuliers, ne sont que fortuites et ne sauraient fonder un droit. MM. H. et L. Mazeaud soutiennent un point de vue diamétralement opposé : « Il ne sert de rien d'objecter que « le secret, institué pour le maintien de la sécurité et de la moralité publiques est, pour cette raison même, d'ordre public », et qu'alors il ne dépend pas du consentement des parties. L'intérêt d'ordre public, la garde en est confiée au Parquet qui, lorsqu'il juge que cet intérêt n'est pas engagé, peut autoriser la levée du secret. Mais alors restent, et restent seuls, les intérêts des parties au procès pénal, intérêts dont la défense appartient à ces parties et non au Parquet. Aussi les parties doivent-elles, après le Parquet, donner leur consentement à la levée du secret, à la production aux débats des pièces secrètes. » Mais ils ruinent cette affirmation par la remarque suivante : « Il est, du reste, en fait difficile à une partie de s'opposer à la production demandée ; n'est-ce pas laisser supposer par là que le dossier contient des documents compromettants ? Une pareille attitude ne peut qu'impressionner défavorablement le juge civil. Pratiquement elle n'est possible que de la part d'un tiers au procès civil » (1).

---

(1) H. et L. Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, T. II, 3e éd., 1939, n° 1725. On ne comprend d'ailleurs pas comment un tiers au procès civil pourrait s'opposer à la production des pièces. C'est sans doute « au procès pénal » qu'il faut lire. Cf. renvoi à la note 1724-2 (5).

Pour être net, la véritable conséquence fortuite et favorable du secret serait un pouvoir d'obstruction, qui ne reposerait que sur la sauvegarde d'intérêts moraux et le plus souvent pécuniaires. M. Camboulives écrit : « Je me suis gardé de souligner tout ce qu'il y a d'antipathique dans l'attitude d'une partie qui, au nom d'un principe qui lui est étranger, prétend paralyser la preuve aux mains de l'autre. » (1).

---

(1) On ne peut sérieusement soutenir que la nécessité du consentement soit justifiée par la sauvegarde des intérêts pécuniaires de la partie qui doit le donner. N'est-ce point admettre, par cela seul, le bien-fondé de la prétention de l'adversaire, et en même temps diminuer ses chances de la voir sanctionner en justice ? Les intérêts moraux méritent plus de considération. Il y a avantage social, et même intérêt individuel évident à faire l'oubli sur ce qui est resté en dehors du champ d'application de la loi pénale. Nous n'irons pas cependant jusqu'à constituer le Ministère public gardien des intérêts moraux des particuliers, tout au moins en la matière. Mais le public et le privé se tiennent. Plus les intérêts moraux en jeu sont importants, plus il y a de chances qu'ils ne soient pas atteints au cours d'une instance civile. Il suffit, pour s'en convaincre, de reprendre les obstacles de fait ou de droit à la divulgation. Nous les avons déjà signalés, en parlant du peu de chances qu'avait la production de compromettre la reprise possible de l'information.

a) Le Procureur général a le droit et le devoir de refuser son autorisation si l'ordre ou la moralité publique peut être troublée ;

b) Les audiences civiles n'ont, en fait, pas de public ;

c) « Le huis clos peut être ordonné si la discussion publique devait entraîner ou scandale ou des inconvénients graves (art. 87 C. proc.) » ;

d) « Dans toutes les affaires civiles les cours et tribunaux peuvent interdire le compte rendu du procès (art. 39 L. 29 juil. 1881) ». Nous abandonnons à son sort la partie qui, malgré cela, subirait un préjudice moral.

CHAPITRE V

L'INCOMPATIBILITE DU CONSENTEMENT ET DU SECRET

Nous exposerons, dans une première section, la thèse de M. Camboulives, adversaire du consentement. Dans une deuxième section, nous essaierons de dégager la nature juridique du consentement tel qu'il est exigé par la jurisprudence, et nous conclurons ce titre deuxième en essayant de préciser en quoi sont incompatibles le consentement et le secret.

SECTION 1re

La thèse de M. Camboulives. — Sa critique

Par un procédé classique, et déjà rencontré chez M. Calbairac, M. Camboulives, pour opposer le consentement au secret, donne à celui-ci une rigueur qui n'est pas la sienne en effet.

Les dispositions d'ordre public, soutient-il, dont celles du secret, doivent rester intangibles. Les conséquences logiques de cette règle seraient : d'une part l'impossibilité de produire dans un débat civil les pièces d'une procédure close par

une ordonnance de non-lieu ; d'autre part l'inopportunité ou l'inefficacité du consentement de l'adversaire ; enfin l'inexistence de décisions basées sur des procédures terminées par un non-lieu. M. Camboulives pose le dilemme suivant :

Ou la règle est d'ordre public, et alors peu importe le consentement de l'adversaire : *privatorum conventio jure publico non derogat.* Ou la règle n'est pas d'ordre public, et alors peu importe le consentement; on invoquerait en effet, pour en faire admettre la nécessité, une règle qui n'existe pas. Le consentement devrait donc être indifférent en tout cas. Or, la règle est d'ordre public ; la deuxième branche de l'alternative est donc négligeable. Et si la règle est d'ordre public, peu importe le consentement.

Nous reprochons à M. Camboulives, dont les conclusions sont par ailleurs remarquables, et au résultat desquelles nous souscrivons, les considérations suivantes : « Mais au cas de non-lieu, comment l'accord des parties pourrait-il suppléer à la loi, plus encore l'enfreindre ? Comment tant de décisions ont-elles pu subordonner au consentement implicite ou explicite des parties la licéité des débats ? Qu'est-ce à dire ? Les particuliers seraient-ils libres de faire prévaloir leurs intérêts ou leurs convenances sur les préceptes d'ordre public ? Il dépendrait donc de leur volonté d'en écarter l'application ? Couvrant cette renonciation, le tribunal serait donc délié de l'obligation d'opposer l'exception d'ordre public ? »

Ce raisonnement, M. Camboulives nous pardonnera, tourne un peu dans le vide. *a*) La question de l'autorisation du Ministère public, juge de l'ordre public, n'a pas encore été abordée. C'est cette exception de défaut d'autorisation que doit opposer le tribunal. *b*) Admettons l'autorisation accor-

dée, et que le consentement soit nécessaire. De deux choses l'une : ou bien ce consentement est donné ; l'ordre public n'est pas atteint, puisque l'autorisation du Procureur général a déjà légitimé la production du dossier; ou bien ce consentement est refusé, et alors l'ordre public n'est pas davantage atteint, puisqu'on ne voit pas en quoi la publicité de l'audience civile heurterait le principe du secret. La première chose à dire était donc celle-ci : « Le Procureur général a, par une formule que nous connaissons bien, estimé que l'ordre public n'était plus intéressé. »

SECTION 2me

Expression et nature du consentement Incompatibilité du consentement et du secret

1° La jurisprudence est double. La Cour d'appel de Paris, notamment, a, par deux fois, exigé un consentement formel ou exprès (1). La Cour de cassation, elle, se contente d'un consentement implicite.

On ne peut induire de la jurisprudence la façon dont se donne le consentement formel, puisqu'en ce cas, il n'y a pas d'incident contentieux. On peut supposer un consentement formel par conclusions faisant suite à une offre (le mot se trouve dans les décisions) ou pollicitation formelle par le même procédé. En pratique (au moins pour la Cour d'Alger), le consentement verbal de l'adversaire est requis soit par le magistrat chargé de suivre la

(1) V. arrêts des 29 juin 1933, et 16 mai 1935, précit.

procédure, soit par le tribunal ou la Cour, avant mesure d'avant-dire-droit, et ce consentement verbal exprès sera mentionné dans l'ordonnance, le jugement ou l'arrêt ordonnant le dépôt du dossier.

On a vu que le consentement tacite, lui, résultait suffisamment pour la Cour de cassation, de la discussion au fond par l'adversaire des pièces de procédure pénale. Pour échapper à cette présomption, la partie qui entend écarter les pièces du débat devra formellement s'opposer à leur production. Elle dispose de deux moyens : solliciter par conclusions une mesure d'avant-dire-droit tendant à empêcher la lecture des pièces, dans le cas évidemment où il n'y a pas eu une précédente mesure ordonnant le dépôt ; elle pourra aussi demander au tribunal ou à la Cour qu'il lui soit donné acte de son opposition. En ce cas, ses réserves devront être précises (1).

2° Les auteurs n'ont pas cherché à rattacher le consentement, soit au droit, soit à la procédure civile. Ils laissent en quelque sorte isolée, ou suspendue, cette manifestation de volonté. On trouve tout au plus chez eux quelques allusions plus ou moins conscientes à la théorie générale des contrats. Nous avons vu, par exemple, comment M. Calbairac glisse par la voie des citations vers le terrain contractuel. M. Mimin parle d'un concours de volontés. La jurisprudence elle-même parle parfois d'une offre de preuve. Or, le rapprochement du consentement et de ces deux disciplines : le droit et la procédure civils, n'est pas sans intérêt. Le consentement se manifeste, en procédure, sous la forme, notamment, de l'acquiescement. Nous verrons, dans la troisième partie, quels rap-

(1) V. Cass. Req., 28 juil. 1936, G. P. 1936.2.684.

prochements peuvent être opérés entre consentement et procédure. En droit civil, le consentement de l'adversaire peut être analysé soit en une autorisation, soit en une renonciation unilatérale à un droit, soit en une convention sur la preuve.

A. — Le consentement, autorisation : Nous avons déjà repoussé cette idée. L'autorisation dérive et ne peut dériver que d'une prérogative légale basée soit sur la puissance, soit sur la protection. Ces idées sont étrangères à la situation des parties privées au procès civil. Elles luttent à armes égales devant un juge en principe impassible. Telle est du moins la conception classique traditionnelle du procès civil.

B. — Le consentement, renonciation unilatérale à un droit : Cette conception n'est pas plus défendable que la précédente. Si l'une des parties renonce, l'autre entend bien se prévaloir de la renonciation. Bien mieux, elle l'a souvent sollicitée. Une telle conception aurait du moins le mérite de faire ressortir le caractère d'acte de bienfaisance du consentement. Si, dans l'immense majorité des cas, les parties ne sont point parvenues à faire casser des décisions basées sur des pièces à la production desquelles elles n'avaient point consenti, c'est parce que la Cour de cassation a chaque fois trouvé quelque subterfuge pour rejeter les pourvois. Mais on peut craindre que, quand les plaideurs seront avertis de la forme à donner à leur opposition, et des précautions à prendre, ils ne consentent plus jamais à la production. La preuve par pièces de procédure pénale close par un non-lieu aura vécu.

C. — Le consentement, élément d'une convention sur la preuve : La jurisprudence et la théo-

rie (1) connaissent déjà les conventions sur la preuve en matière testimoniale, c'est-à-dire la renonciation à se prévaloir de l'article 1341 C. civ. D'après M. Ed. Fuzier-Herman (2) « la convention sur la preuve s'analyserait comme une renonciation pure et simple ou conditionnelle à un droit; en second lieu, le principe de la neutralité du juge laisserait les parties convenir des conditions du débat judiciaire. » L'une des parties, consentant, renoncerait à se prévaloir de la prohibition de la preuve par une procédure close par une décision de non-lieu, et l'autre partie accepterait cette renonciation ; ou encore, l'une des parties offrirait de prouver par pièces de procédure de non-lieu ; et l'autre partie accepterait l'offre, et ce, au mépris de la prohibition.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette conception, parce que nous n'admettons pas la nécessité du consentement. Néanmoins elle suggère les considérations suivantes : Quelle était la première question à résoudre concernant la validité des conventions sur la preuve testimoniale ? Celle de la nature des dispositions de l'art. 1341. Etaient-elles d'ordre public ? Le juge pouvait les opposer d'office. Le moyen tiré de ces dispositions pouvait être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. Etaient-elles d'ordre privé ? Les conséquences inverses s'imposaient.

Rapprochons ce qui vient d'être dit de la Jurisprudence sur le consentement. La Cour de cassation n'admet pas que l'opposition formelle à la production des pièces pénales se produise pour la

---

(1) Sur la question, v. Le Balle, Des conventions sur les procédés de preuve en droit civil, Thèse Paris 1923 ; M. Sescioréano, Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur, Thèse Paris 1920.

(2) Ed. Fuzier-Herman et R. Demogue, Code civil annoté, 1938, art. 1341, n° 30.

première fois devant elle. Conséquence logique : la prohibition de la production des pièces au mépris du consentement de l'adversaire ne repose pas sur des raisons d'ordre public. C'est bien l'avis de MM. Mazeaud : « Le moyen tiré du défaut de consentement, parce que ce consentement, on vient de le voir, ne touche pas à l'ordre public, doit être invoqué expressément par les parties devant le premier juge. Les parties qui ne se prévalent pas du secret y renoncent. Leur silence vaut donc consentement (1). » Mais ils sont conduits à cette opinion parce qu'ils décident que les parties sont en droit d'invoquer, pour maintenir le secret, des intérêts matériels ou moraux. Ils sont seuls à soutenir ce point de vue. Nous refusons, pour notre part, d'y souscrire, parce que les intérêts moraux et surtout matériels d'une partie qui a commis un acte dommageable ne sauraient faire échec à la justice indemnisante.

Revenons donc à l'explication possible de la jurisprudence par le secret de l'information. Ce secret est d'ordre public. Or, un moyen basé sur l'ordre public doit pouvoir être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. Or, la Cour de cassation n'admet pas que le moyen tiré du défaut de consentement soit invoqué pour la première fois devant elle. Son exigence du consentement ne repose donc pas sur le secret.

Nous arrivons donc, par des moyens différents de ceux des auteurs, qui, sous des formes variées, se bornent à répéter la règle *privatorum conventio jure publico non derogat,* à constater l'incompatibilité du consentement et du secret. Le mérite de notre raisonnement tient dans le fait qu'il s'appuie sur la jurisprudence elle-même.

---

(1) Op. et loc. cit. n° 1725.

TROISIEME PARTIE

Le Sujet considéré dans ses rapports avec le Droit et la Procédure civile

INTRODUCTION

I. — *Nature des règles sur la preuve.* — La nature des règles sur la preuve, qui formeront l'essentiel de la troisième et dernière partie de cette étude, ne peut s'induire de la nature du code où ces règles trouvent place. MM. Colin et Capitant écrivent en effet : « La matière de la preuve devrait, en logique, être comprise dans le domaine de la procédure civile, car généralement c'est en justice, à l'occasion d'un litige, que les intéressés cherchent à faire la preuve de leurs prétentions respectives. Et, de fait, le Code de procédure civile consacre un grand nombre de textes à régler les formes dans lesquelles se fera l'administration des divers moyens de preuve mis à la disposition des parties. Mais la matière, d'autre part, se rattache également au droit civil, et les principes de notre sujet font partie intégrante de notre Code. Cela se comprend aisément. — Tout d'abord, en effet, il y a des cas où une personne est obligée de faire la preuve de certains faits en dehors de tout procès. En second lieu, la détermination des modes de preuve constitue une question fondamentale,

puisque de sa solution dépend la sécurité des droits acquis (1). »

On voit que selon MM. Colin et Capitant, les articles du Code civil consacrés à la preuve s'expliquent surtout en tant qu'il s'agit de preuve préconstituée rigoureusement entendue, ce qui n'est pas notre hypothèse.

M. Glasson écrit d'autre part : « Les rédacteurs du Code civil ont exposé la théorie générale des preuves à l'occasion des obligations. Ils ne lui ont consacré ailleurs que des dispositions de détail. Quant aux mesures d'instruction destinées à administrer les preuves, elles sont traitées au Code de procédure ; il existe donc sous ce rapport des liens intimes entre les deux codes. Le mieux aurait été de comprendre toute la théorie des preuves dans le Code de procédure; c'est ce qu'on avait fait dans l'ordonnance de 1667 (2). »

En bref, on voit s'esquisser, chez MM. Colin et Capitant une distinction de ce qui serait fondamental et de ce qui ne le serait pas dans la preuve. Les principes fondamentaux appartiendraient au droit civil, les règles de détail, à la procédure. De fait, même en ce qui concerne les règles de procédure strictement comprises, le fond et la forme sont en étroite corrélation. Ainsi la communication des conclusions à l'adversaire, prévue par les art. 77 et s. C. proc., qui est une formalité, est destinée à assurer le respect de la contradiction, principe fondamental. En conséquence, une méthode qui tiendrait compte, pour l'étude de la preuve, de la

(1) A. Colin et H. Capitant. Op. cit. T. 1, p. 95.

(2) Glasson, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 2e éd., T. I, p. 748. Ces mêmes remarques se retrouvent, avec quelques variantes, dans la 3e éd., T. II, p. 654 et 655, par Glasson et Tissier.

nature du Code, ou de la distinction de la forme et du fond serait, à certains égards, factice, à d'autres compliquée, et de nature à compromettre le développement logique des idées. Il vaut mieux ne pas oublier l'intimité des liens entre les deux Codes, soulignée par Glasson. Il n'y aura donc pas ici correspondance avec la deuxième partie, où l'instruction criminelle et l'organisation des juridictions répressives nous fournissaient deux chefs très distincts.

II. — *Exposé et défense du plan.* — Le juge, en présence d'une espèce, la décompose en questions, en une série d'alternatives, établit entre elles un ordre et y répond tour à tour. Ceci, évidemment, très schématique. Cette élaboration d'une décision par le juge serait relativement aisée, si elle n'était dans bien des cas rendue difficile par l'obligation où il se trouve de se soumettre à une architecture du procès qui lui est imposée par les avoués ou les avocats des parties. — Nous traiterons dans une certaine mesure les questions relatives à la preuve civile par pièces de procédure pénale dans l'ordre théorique où elles se posent au juge.

1° Les parties elles-mêmes demandent la production de pièces de procédure pénale. S'agit-il d'une matière où cette production soit admissible ? La réponse dépendra : *a*) de la nature du fait à prouver ; *b*) de la nature de la preuve à fournir. Cette première question pourra déjà donner lieu à incident. Le montant de la demande est, par exemple, supérieur à 500 fr. (les objets détournés à la suite d'un contrat de gage dépassent cette valeur). Mais la demanderesse prétend prouver en la forme des enquêtes qu'il s'agit d'un contrat de gage commercial, dont la preuve est libre, de sorte que, si elle y parvient, les pièces de procédure

pénale seront admissibles en preuve ; et il est fait droit à ses prétentions (1).

Cette première question résolue, le juge se demandera : *a*) si l'autorisation du Ministère public a été obtenue (tout ce qui a trait à l'autorisation a été épuisé dans la première partie) ; *b*) si le consentement de l'adversaire est ou non nécessaire, et, dans l'affirmative, s'il a été obtenu, ou s'il peut le présumer. La question du consentement est préalable par rapport à celle de l'administration.Dans le titre consacré à l'admissibilité, nous exposerons donc les données de la jurisprudence, nous réservant d'examiner le point de savoir si la nécessité du consentement peut être rattachée aux garanties propres aux litiges d'ordre privé dans les Titres III et IV.

2° Dans l'hypothèse où les parties elles-mêmes ne demandent pas la production, le juge, sous réserve de l'autorisation du Ministère public, peut-il, pour éclairer sa religion, l'ordonner d'office ? Peut- il connaître des pièces dans le cas où le Ministère public les verse spontanément au dossier ?

3° La preuve admise, comment va-t-elle s'administrer ? Cette question se décompose comme suit :

a) Faudra-t-il respecter, s'agissant des pièces de procédure pénale, les articles 77 et s. C. proc., sur les défenses entre avoués ?

b) Les pièces pénales, logiquement analysées, peuvent constituer différents moyens de preuve, pour l'administration desquels le Code de procédure civile édicte des règles spéciales. Les incidents réglés par le même Code d'une part, les

(1) Trib. civ. de la Seine, 4.1.1937, précit.

normes posées par le Code d'instruction criminelle d'autre part, peuvent-ils être considérés comme des garanties équivalentes ?

4° La preuve par pièces de procédure pénale administrée, quelle force probante aura-t-elle aux yeux du juge, ou encore, en d'autres termes, le juge aura-t-il le pouvoir d'asseoir sur elles sa conviction ? Il faudra examiner ici la preuve par intime conviction, et rechercher si la force probante, ou la valeur démonstrative de la preuve n'a pas été confondue soit avec l'administration, soit avec l'admissibilité.

Cette troisième partie comprendra donc quatre titres :

Titre I : L'admissibilité en preuve des pièces de procédure pénale.

Titre II : Neutralité ou action d'office du juge et production par le Ministère public.

Titre III : L'administration de la preuve par pièces de procédure pénale.

Titre IV : La force probante des pièces de procédure pénale.

TITRE PREMIER

L'ADMISSIBILITE EN PREUVE DES PIECES DE PROCEDURE PENALE

CHAPITRE Ier

NATURE DU FAIT A PROUVER ET DE LA PREUVE A FOURNIR

SECTION 1re

La nature du fait à prouver

Les plaideurs qui demandent, au civil, la production de pièces pénales, entendent établir, par ce moyen, la réalité de faits matériels qui constituent l'occasion ou la condition d'un droit. MM. Colin et Capitant écrivent à ce sujet : « Par opposition aux actes juridiques, les faits matériels, ou simples faits qui peuvent être, il est vrai, l'occasion ou la condition d'un droit, ne tombent pas sous le coup de l'art. 1341 C. civ.. Citons, par exemple, l'état d'ivresse ou de démence dans lequel on prétendrait que s'était trouvé un contractant, la mauvaise foi d'un possesseur, les griefs servant

de base à une demande en divorce ou en séparation de corps, la réalité d'un accident donnant lieu à une poursuite en indemnité, etc. Tous ces faits peuvent se prouver par témoins, ce qui est l'application d'une règle générale, à savoir que la nécessité d'un écrit doit être écartée lorsqu'il s'agit d'établir un fait qui, par sa nature même, ne prêtait point, lorsqu'il s'est passé, à la rédaction d'un écrit » (1).

Ni le Code civil, ni les civilistes, ne s'occupent autrement des faits matériels. MM. Colin et Capitant nous en disent la raison : « Le plus souvent il s'agit de faits juridiques au civil, de simples faits matériels au pénal. » Mais certaines données économiques, telles que le développement des assurances d'une part, l'avènement d'une civilisation mécanique d'autre part, et certaines données statistiques signalées par M. Cuche (2) à savoir la diminution des procès portant sur des questions de droit, la Cour de cassation ayant accompli une œuvre de fixation, l'augmentation des litiges portant sur des points de fait, infirment dans une certaine mesure cette énonciation. Nous l'avons par ailleurs noté, l'intérêt de la preuve des faits matériels par pièces de procédure pénale n'a fait que s'accroître dans le cours du temps.

Les criminalistes, au contraire, plus directement intéressés, définissent le fait matériel dans leur classification des infractions suivant le critérium de la matérialité. « L'infraction, considérée dans sa matérialité, suppose avant tout un acte, c'est-à-dire le fait volontaire, de la part d'un individu, de causer un changement dans le monde exté-

(1) Op. cit. T. II, p. 437.

(2) Précis de procédure civile et commerciale, 5e éd., p, 495,

rieur.... Le délit instantané prend fin par cela seul que l'action ou l'omission instantanée s'est produite quelque temps qu'ait duré sa préparation, quelles qu'en aient été les suites. C'est le caractère de la plupart des infractions : ainsi l'homicide, les coups et blessures, l'escroquerie, l'incendie volontaire... » (1).

Faisant fond sur le *plerumque fit,* on peut donc dire que la plupart des faits matériels dont les juges civils auront à connaître sur pièces de procédure pénale se seront produits en un trait de temps, auront été fugitifs. Nous verrons les conséquences de ce caractère avec la force probante des pièces de procédure pénale.

Section 2me

La nature de la preuve à fournir

Il convient de rappeler ici le texte des art. 1348, 1349, 1353 C. civ., d'une importance capitale en la matière :

« Art. 1348 : elles (les règles prohibant la preuve testimoniale) reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique : 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits ;...

Art. 1349 : Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

(1) P, Garraud, op. cit,, p. 100.

Art. 1353 : Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que les présomptions graves précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales... »

Notons dès à présent que :

1° Ces dispositions du Code civil ne sont, en quelque sorte, qu'une attestation légale de la liberté dont jouissent les parties, en notre hypothèse, de choisir leurs moyens de preuve, et du pouvoir du juge de les admettre. Dans le cas d'un fait matériel, la preuve est possible par tous moyens. Mais les décisions ont une tendance, parfois regrettable, à se fonder sur la base apparemment solide des textes cités dans des cas où, en fait, il ne s'agissait point de présomptions, ni même de témoignages. Quoi qu'il en soit, et toujours dans la même hypothèse, les pièces de procédure pénale ne sont qu'une des espèces de preuve possibles. La faculté de prouver par pièces de procédure pénale n'est donc qu'un cas particulier d'une licence générale (1).

2° Nous pourrions nous borner là, et nous contenter d'affirmer que, la preuve d'un fait matériel étant possible par tous moyens, rien ne s'oppose *à priori* à ce que cette preuve soit faite par pièces de procédure pénale. Il nous paraît cependant que, dans une étude dogmatique, il y a intérêt à préciser les diverses acceptions de l'expression « moyens de preuve ». Ces précisions nous permettront d'ailleurs d'annoncer certains développements.

A. — Les moyens de preuve, en raison pure, peuvent être ramenés à deux catégories : les attes-

(1) V. p. ex. pour les constats d'huissier, Colmar 21 janv. 1936, revue d'Alsace-Lorraine 1937, II ; pour un certificat Req. 31 déc. 1900, D. 1902.1.243.

tations de l'homme, d'une part, les résultats directs ou immédiats de l'expérience d'autre part. C'est là une *summa divisio* où l'on parvient par synthèse. Ainsi Bentham déclare que la preuve littérale n'est pas autre chose que la preuve testimoniale autrement présentée, adressée à un autre sens.

B. — A l'opposé de ces catégories logiques, de ces *vues de l'esprit,* on trouve un nombre indéfini de moyens de preuve, non susceptibles d'être classés, et qui, parfois, soulèvent des difficultés en pratique. La loi ne pouvait les prévoir. Mais la jurisprudence, qui est, selon M. le Doyen Chauveau, le règne des contingences, s'est trouvée en face d'elles, et à bien dû les résoudre. C'est ainsi, par exemple, qu'elle a été conduite à réglementer la preuve par lettres missives. C'est ainsi que, par certaines décisions, elle a subordonné au consentement de l'adversaire la preuve par pièces de procédure pénale.

C. — Entre cette grande variété de preuves, tenant le plus souvent au fait que l'on s'attache à la qualité des personnes qui les ont élaborées, et la classification logique bipartite donnée ci-dessus, existe un moyen terme : les divers procédés de preuve peuvent toujours entrer dans une des catégories nettement définies soit par le Code civil, soit par le Code de procédure civile, soit par le Code d'instruction criminelle. Ces codes, et, en ce qui nous concerne, les deux premiers de ces codes posent des règles dont l'esprit doit être respecté, quel que soit le procédé de preuve (procédé étant entendu dans sa seconde acception). Nous verrons, au Titre III, que les catégories du droit civil et du droit pénal coïncident en bien des points, que les pièces de procédure pénale peuvent être ramenées, le plus souvent, à l'aveu, à l'expertise, à la connais-

sance personnelle du juge ou au témoignage ; et nous aurons à comparer les règles posées, au sujet de ces procédés, par le Code civil et le Code de procédure civile, d'une part, par le Code d'instruction criminelle, d'autre part.

En résumé, le recours aux pièces de procédure pénale apparaît comme légitime tant au point de vue du fait à prouver qu'à celui de la preuve à fournir.

CHAPITRE II

ETUDE SOMMAIRE DE LA JURISPRUDENCE EN TANT QU'ELLE FAIT RESSORTIR UN LIEN ENTRE LA NECESSITE DU CONSENTEMENT ET LES REGLES DE PROCEDURE

Nous nous contenterons de décrire sommairement ici la jurisprudence dans son développement historique, et dans ses relations avec le consentement, aspect de l'admissibilité, nous réservant de l'examiner en détail par la suite. Ici encore, on peut distinguer deux phases.

1° *Première phase de la jurisprudence.*— Ç'aura été l'un des grands mérites de la note de M. le Président Mimin, que d'avoir fait ressortir que, si certaines décisions de la Cour de cassation ne laissaient guère de doute sur la nécessité du consentement de l'adversaire, d'autres décisions de la Cour suprême étaient par contre ambiguës, et, à leur lecture, on pouvait raisonnablement se demander si la Cour ne se contentait point du respect du principe de la contradiction. En d'autres termes, la condition de contradiction, et la condition de consentement étaient-elles cumulativement exigées, ou la première suffisait-elle ?

« Dans une première espèce utile, écrit M. Mimin (Civ., 29 juil. 1903, D. 1903.1.448) après avoir énoncé que les juges ne doivent former leur con-

viction que sur des éléments de preuve admis par la loi, *et* suivant les formes d'instruction qu'elle prescrit, la Chambre civile casse parce qu'il ne résulte ni des motifs, ni des qualités de la décision attaquée que la procédure de non-lieu ait été communiquée au juge du consentement de la partie qui avait intérêt à la garder secrète, *ni* qu'elle ait été versée dans un débat contradictoire.... Mais qu'aurait décidé la Cour de cassation si l'une des constatations, celle du débat contradictoire, avait été faite ? Qu'on suppose érigé en règle que la mise du dossier au délibéré est légitime si les parties y ont consenti *ou* s'il a été versé dans un débat contradictoire, la formule de la Chambre civile s'accorderait avec cette règle hypothétique. Néanmoins on concevrait mal que les deux circonstances fussent tenues pour équipollentes. Un plaideur peut repousser par conclusions la production d'un dossier secret, et il peut en même temps et à toutes fins discuter le fond de ce dossier. Aussi l'arrêt de 1903 a-t-il toujours été considéré comme exigeant *à la fois* la contradiction des débats et le consentement des parties. »

« L'arrêt de la Chambre des requêtes, du 27 janvier 1909 (D. 1909.1.120), écrit plus loin M. Mimin, réclame-t-il manifestement, avec la contradiction du débat, le consentement des parties ? Le pourvoi prétendait que, s'agissant d'une procédure qui devait rester secrète, la Cour d'appel aurait dû constater le consentement des parties. La Chambre des requêtes rejette, « attendu qu'il ne résulte ni de l'arrêt attaqué, ni de ses qualités, que l'une ou l'autre des parties en cause se soit opposée à ce qu'il fût fait état de la procédure sus-visée ; que le consentement des parties pouvait n'être exprès, et qu'il ressort des énonciations mêmes de l'arrêt que ce consentement a été donné ; *qu'en effet* la Cour constate que cette procédure a été versée aux

débats et soumise à la discussion des parties; qu'il suit de là que le débat a été accepté par elles et contradictoire.... » Ces tournures ambiguës serviraient ceux qui voudraient soutenir que le consentement implicite des parties et la contradiction du débat ne sont pas des exigences séparées, et que celle-ci implique celui-là. »

Cette jurisprudence appelle les remarques suivantes :

A. — D'autres décisions ont succédé à celles-là, qui n'ont plus laissé subsister de doute sur la nécessité du consentement (1).

B. — La contradiction qui est, en toute matière, un principe fondamental de la procédure civile, était ici d'autant plus nécessaire qu'en son absence il devenait absolument impossible de présumer le consentement. Or, nous verrons que des décisions isolées ont fait assez bon marché de la contradiction, ce qui était doublement fautif, au regard de la Cour de cassation.

C. — Nous convenons avec M. Mimin que l'on concevrait mal que la condition de contradiction, et la condition de consentement fussent tenues pour équipollentes, dans le cas surtout d'une opposition formelle, suivie d'un débat au fond. Mais dans la réalité, nous l'avons signalé, la Cour de cassation, dans la phase qui nous occupe, a, en quelque sorte, bénéficié de l'effet de surprise. Les plaideurs auraient bien désiré rejeter les pièces du débat. Présumer leur consentement est sans doute excessif. La meilleure preuve en est qu'en désespoir de cause, ils se pourvoient en cassation et ils se sont toujours pourvus, invoquant dans les débuts l'excès de pouvoir, puis perfectionnant, pré-

(1) V. arrêts cités p. 112, note 1.

cisant leurs moyens. Il y a, dans la solution de la Cour de cassation, une espèce d'intime contradiction consistant à poser un principe et à en répudier les conséquences. Elle apparaît de quelque manière que l'on retourne la question.

2. — *Deuxième phase de la jurisprudence.* — La jurisprudence entre dans sa seconde phase à partir du moment où l'on se demande si l'on ne devrait rattacher à l'absence, dans l'élaboration de la preuve pénale, des garanties propres aux litiges d'ordre privé, le consentement de l'adversaire. Cette phase est relativement récente, et ne s'observe, et pour cause, que dans quelques Cours d'Appel et Tribunaux.

Il semble que la paternité de l'expression doive être attribuée à M. le Substitut du Procureur général Rey, qui l'emploie dans les conclusions qu'il développe devant la Cour de Paris, le 16 mai 1935 (1). Citant les décisions qui « exigent toutefois que la communication ou l'expédition ait reçu l'adhésion explicite ou implicite « de la personne qui a intérêt à garder la procédure secrète », adhésion qui résulte suffisamment de ce que les pièces communiquées lui ont été soumises et ont pu faire l'objet d'un débat public et contradictoire », M. Rey écrit : « l'idée directrice est que le dossier criminel, correctionnel ou de simple police ayant été constitué en dehors des *garanties propres aux litiges d'ordre privé,* le plaideur à qui on veut l'opposer doit pouvoir le repousser. » En réalité, l'arrêt de la Cour de Paris, qui suit M. le Substitut du Procureur général Rey dans ses conclusions, et dit qu'à défaut du consentement formel des personnes au profit ou à l'encontre desquelles a été rendue l'ordonnance de non-lieu, la procédure ne pourra

(1) V. concl. et arrêt, G. P. 1935.2.276.

être versée aux débats, ne prend pas motif de l'absence de garanties. Mais ces conséquences vont être expressément déduites par d'autres juridictions, dans les circonstances que nous rapportons tout de suite.

Le 4 janvier 1937, devant le Tribunal civil de la Seine, M. le Substitut du Procureur de la République Camboulives s'élève contre la jurisprudence de la Cour de Paris et de la Cour suprême. Nous avons longuement commenté par ailleurs ses conclusions. Le tribunal, les adoptant, se prononce contre le consentement. M. Mimin, dans la note sous le jugement du 4 janvier 1937, dont il a été aussi à maintes reprises question, écrit à son tour : « Ce qui a dû entraîner surtout la jurisprudence quand elle a réclamé l'accord des parties pour la production du dossier de non-lieu, c'est que ce dossier se trouve constitué sans les garanties ordinaires des intérêts privés. » A quoi M. Mimin répond : « Mais ne confondrait-on pas ici l'admissibilité du moyen de preuve avec sa force probante ? Autre chose est de savoir si on utilisera le dossier secret, et autre chose de savoir s'il aura les vertus d'une preuve organisée conformément au Code de procédure civile. » Désormais le grelot était bien attaché.

Le 19 mai 1939, la Cour d'appel de Toulouse rendait un arrêt qui s'inspirait visiblement de la doctrine de M. Mimin. L'appelante s'était, en première instance, formellement opposée à la production du dossier secret qui avait cependant été versé aux débats. Devant la Cour, elle donne pour motif à son opposition d'une part le caractère secret de l'information, d'autre part *l'absence, dans la procédure pénale, des garanties dont l'administration de la preuve est entourée en matière civile,* qui rendrait nécessaire le consentement de

la partie contre laquelle une information serait produite. « Attendu, répond la Cour, sur le deuxième moyen, *qu'il n'y a lieu d'envisager ici que l'admissibilité du moyen de preuve et non sa force probante,* car les divers éléments du dossier pénal communiqué aux débats civils ne peuvent être retenus par le juge qu'à titre de présomptions et ne constituent pas par eux-mêmes une preuve (1). » Nous verrons plus loin si cette réponse peut être tenue pour satisfaisante.

Enfin, tout récemment, un arrêt de la Cour d'appel d'Alger, du 26 novembre 1940, reprenait l'argument des garanties de procédure civile, sans toutefois le dégager nettement d'arguments d'ordre différent.

La Cour cite des décisions exigeant le consentement, et motive ainsi son arrêt : « Attendu.... que le Procureur général, en levant le secret de l'information, ne peut se faire juge de l'usage, peut-être abusif, qui sera fait par la partie de la procédure qui lui a été communiquée, car elle a été constituée en dehors des garanties propres aux litiges d'ordre privé, et celui à qui on veut l'opposer doit pouvoir ainsi la repousser ; attendu qu'il y a lieu, pour la Cour, de se conformer à ce principe qui respecte la règle traditionnelle et indiscutable du secret de l'instrution » (2). Linterprétation de la jurisprudence de la Cour suprême par M. Mimin a ainsi fourni des arguments et des motifs aux plaideurs et aux juridictions mêmes qui repoussent la doctrine du distingué magistrat.

En résumé, on ne peut tirer de la jurisprudence aucune certitude sur l'existence d'un lien entre la nécessité du consentement et les règles de procé-

(1) V. D. H. 1939.381.
(2) Cet arrêt n'a pas été publié.

dure. Les arrêts de la Chambre des requêtes sont de deux sortes. Les plus anciens sont ainsi rédigés qu'on ne sait si la Cour de cassation entend exiger, avec la contradiction, qui est un principe fondamental de la procédure civile, le consentement de l'adversaire. Les plus récents ne permettent plus de douter que la condition de contradiction et la condition de consentement soient cumulativement requises. Le consentement n'est donc pas rendu nécessaire pour la sauvegarde de la contradiction, elle-même nécessaire en tout cas, et nous verrons qu'il faut entendre, par contradiction, le respect des règles concernant la « publicité », les mesures davant-dire-droit, enfin les plaidoiries.

La doctrine récente, et, sous son influence, certains Tribunaux et Cours d'appel ont alors émis l'idée que l'exigence du consentement était liée à l'absence, dans la procédure pénale, des garanties propres aux litiges d'ordre privé. Cette idée sera soumise à l'examen, et nous verrons que, selon nous, elle n'y résiste pas plus que les hypothèses précédentes. Mais remarquons dès à présent que la Cour de cassation la rejette implicitement, par sa conception de la présomption. Admettre quelle veut tempérer, par la nécessité du consentement, l'absence des garanties spéciales, c'est admettre, du même coup, qu'elle renie, d'une façon détournée, cette conception énergiquement affirmée par elle à maintes reprises, et qu'elle voit, dans les pièces pénales, autre chose que des présomptions. Or, rien, hormis un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 janvier 1940, qui sera commenté plus loin, ne permet de le supposer (1).

(1) Noter qu'il s'agit, en l'espèce, d'un procès-verbal d'enquête officieuse.

TITRE II

NEUTRALITE OU ACTION D'OFFICE DU JUGE ET PRODUCTION DU DOSSIER PAR LE MINISTERE PUBLIC

Une étude de la preuve civile par pièces de procédure pénale ne serait pas complète si l'on ne s'attachait à préciser quelle part doit revenir, singulièrement en notre matière, d'un côté au juge, de l'autre au Ministère public, dans l'instruction des affaires.

SECTION 1re

Neutralité ou action d'office du juge

MM. Planiol et Ripert (1) soulignent que la plus large initiative est laissée aux parties en matière de preuve, tandis que le juge ne doit avoir qu'un rôle passif. Et ils écrivent que « ces différences fondamentales entre la preuve judiciaire et la preuve en général peuvent seules expliquer.... l'existence du problème des conventions sur la preuve. » Comme nous admettons que le juge doit rester neutre, nous avons cru pouvoir faire allusion

(1) Op. cit., T. VII, n° 1407.

à une convention sur la preuve à propos du consentement, dont nous n'admettons d'ailleurs pas la nécessité.

Ce principe de la neutralité du juge, souffre des exceptions, mais si l'enquête (artic. 254 C. procéd. civ. (1), l'expertise (artic. 302 C. procéd. civ.), (2), le dépôt d'une pièce au greffe (3) et même la descente sur les lieux (art. 295 C. proc. civ.) peuvent être ordonnés d'office, soit selon la jurisprudence, soit en vertu d'un texte, on remarque que, hormis les cas de preuve dite par la connaissance personnelle du juge (descente sur les lieux, expertise), les tribunaux n'agissent d'office que s'ils ont de graves raisons de le faire et si certaines conditions qu'ils s'imposent eux-mêmes sont remplies.

En ce qui concerne plus particulièrement la preuve littérale, preuve préconstituée des actes juridiques, si les tribunaux prennent sur eux d'ordonner le dépôt des pièces, c'est à la condition que

---

(1) Glasson et Tissier, op. cit., T. II, p. 760 : « Les articles 252 et 253 prévoient d'abord que l'enquête est demandée par une des parties, ce n'est qu'en second lieu que l'art. 254 dispose que « le tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluants si la loi ne le défend pas ». Dans la pratique les tribunaux civils et consulaires n'ordonnent que très rarement des enquêtes d'office, et ils n'usent guère de leurs pouvoirs que si l'une des parties se trouve empêchée par suite d'une déchéance encourue par elle de faire entendre ses témoins, ou si son enquête est déclarée nulle (art. 293) ». Le pouvoir d'office, on le voit, ne s'exerce qu'à titre supplétoire.

(2) Ibid., p. 852.

(3) Ibid., p. 625 : « Il a même été décidé que les juges peuvent ordonner d'office le dépôt au greffe d'une pièce utile au débat, si d'ailleurs aucunes conclusions n'ont été prises pour la faire écarter. Ils peuvent aussi, pour déjouer les collusions possibles entre les parties, s'assurer de la sincérité des pièces invoquées et d'office ordonner l'apport des pièces dont les unes ne sont pas produites, ou dont les autres ne sont produites qu'en copies. » Cf. Req., 15 juin 1892, S. 1893.1.281; Civ. 9 févr. 1910, S. 1913, 1. 150. Ici, c'est le souci d'éviter des fraudes qui a inspiré la jurisprudence.

les parties y aient préalablement fait allusion, les aient en quelque sorte déjà déduites en justice. Alors, elles appartiennent aux débats, et les juges peuvent légitimement prétendre en avoir une connaissance *personnelle*, directe, les estimer autrement que par *ouï-dire*, puisqu'elles leur serviront à fonder leur décision. Ainsi se concilient les décisions citées (Sup., p. 164, n° 3), et la recommandation de Glasson et Tissier, qui rejoignent MM. Planiol et Ripert : « Il ne faut pas oublier que le juge civil n'est pas un juge d'instruction... il ne peut... dans le procès d'ordre privé ordonner la production de pièces *que les parties s'accordent à ne pas vouloir produire et discuter.* » (1). Notons d'ailleurs que ce principe de la neutralité, partout affirmé, et toujours vivant sous ses exceptions apparentes, a été respecté dans les dernières réformes du Code de procédure. L'art. 82 c. (décr. du 30 octobre 1935) porte en effet que « dans tous les cas et en tout état de cause, les avocats des parties entendus ou appelés, le juge chargé de suivre la procédure pourra, *sur la demande de l'une des parties* et sans préjudicier au principal, ordonner toutes mesures d'information sans préjudice de celles auxquelles pourra recourir ultérieurement le tribunal ».

Revenant maintenant à la preuve par pièces pénales, semblable en bien des points à la preuve littérale, nous constatons que la doctrine est à peu près muette à leur égard. M. Hébraud, cependant, opte pour la neutralité (2). MM. Mazeaud se prononcent en faveur de la faculté, pour les tribunaux, d'ordonner d'office la production des décisions ayant l'autorité de la chose jugée, cette autorité étant d'ordre public (3). Par là, ils excluent impli-

(1) Op. cit., T. II, p. 658.
(2) Op. cit., p. 264.
(3) Op. cit., T. II, p. 1769-1770.

citement de la production d'office les autres pièces de procédure. Pareillement, vu les termes catégoriques de l'art. 13, al. 3 de la loi du 12 juillet 1937, nous avons nous-même opté pour la production d'office des dossiers classés par suite d'amnistie (1). Mais nous pouvons nous demander, comme nous l'avons fait pour l'autorisation du Ministère public, si ça n'est pas là une conséquence fortuite de la loi, qui voulait surtout mettre fin aux hésitations de la jurisprudence sur l'admissibilité en preuve de ces dossiers.

Quant à la jurisprudence, si beaucoup de jugements et d'arrêts ne s'expliquent pas sur la manière dont les pièces pénales ont été produites, par contre, nombre d'autres décisions sont amenées à décrire la procédure, et alors on constate que la production a toujours eu lieu à la demande des parties (2). Il nous paraît qu'il faut en effet leur laisser l'initiative pour les raisons suivantes :

1° Cette solution cadre avec le principe général et vivant de la neutralité.

2° Si les parties entendent instruire le procès en se conformant strictement aux règles de procédure, pourquoi les contraindre à la production d'une preuve qui, *à la rigueur,* enfreint ces règles ? D'autant que les juges peuvent suggérer que l'usage du dossier pénal serait expédient. Et l'expérience montre qu'ils le font parfois.

3° Les parties n'ont d'ailleurs pas besoin, le plus souvent, d'être sollicitées en ce sens. Elles ne demandent qu'à prouver par pièces pénales.

En revanche, nous admettrions fort bien, et par analogie avec ce qui se passe pour la preuve littérale civile, qu'un tribunal, qui a quelque raison de

(1) Cf. sup., p. 38, note 3, c. note 1, c.
(2) V. décisions citées inf., p. 185.

douter de l'exactitude de simples notes, ordonnât d'office le dépôt du dossier sur son bureau. Il n'aurait même pas besoin de subordonner l'exécution de cette mesure à l'agrément du Ministère public, puisque, par hypothèse, de simples notes ayant déjà été produites, l'autorisation a préalablement été accordée. Mais il faut convenir que l'éventualité d'une dénaturation des pièces est assez peu redoutable, parce que, du seul fait de l'autorisation, les pièces deviennent communes (1). Le risque d'une collusion des parties n'est pas davantage à craindre, parce que, du seul fait que les pièces appartiennent à des archives judiciaires, que leur production a été autorisée, leur original est à la disposition immédiate des juges.

Cette appartenance à des archives judiciaires est justement ce en quoi les pièces pénales ne peuvent être assimilées, quant à la procédure, à la preuve écrite civile, la seule à laquelle le Code de procédure fasse allusion. Aussi verrons-nous plus bas qu'une offre de communication de pièces à l'appui ou à l'amiable, d'avoué à avoué, ou par la voie du greffe, n'a pas ici sa raison d'être. De même encore une exception de communication de pièces serait ici inconcevable.

SECTION 2me

La production par le Ministère public

Il faut distinguer suivant que le Ministère public intervient comme partie jointe, ou comme partie principale aux débats.

(1) Cf. sup., p. 63, note 2.

§ 1er. — *Le Ministère public partie jointe*

En principe, le Ministère public partie jointe ne doit prendre aucune part personnelle à la procédure, et singulièrement à l'instruction des affaires civiles. « Tout son rôle consiste à prendre communication des pièces et à donner des conclusions à l'audience. Il doit être entendu après les parties » (1). « Au civil, sauf quand il est partie principale, il ne donne que des conclusions. Il peut, par suite, faire valoir tous les moyens de fait et de droit, même ceux que les parties ont négligés, pourvu qu'il se renferme dans les limites du débat telles qu'elles sont fixées par les conclusions des parties (2) ». Ainsi, en matière civile, et lorsqu'il est partie jointe, le Ministère public doit borner son rôle à donner ses conclusions, et non plus requérir. Pour pouvoir le faire efficacement, il lui appartient, dans les causes non communicables, de demander un délai (3).

Cependant, une décision isolée de la Chambre des requêtes (4) a admis la validité d'une décision qui avait débouté une demanderesse en dommages-intérêts, motif pris de ce qu'elle n'avait pas rapporté la preuve du caractère excessif et illégitime des violences sur lesquelles elle fondait sa demande. Par contre, le Ministère public avait, à l'appui de ses conclusions, produit un procès-verbal de commissaire de police, duquel il résultait que la demanderesse, arrêtée en état de flagrant-délit et conduite au commissariat, n'avait subi que les violences nécessaires pour s'assurer de sa personne. Cette décision se justifie, ou plutôt s'explique à la rigueur par cette considération d'espèce

(1) Le Poittevin, op. cit., éd. 1928, T. III, p. 69.
(2) Ibid., p. 694.
(3) V. cass. req., 24 mars 1924, D. H. 1924.287.
(4) 25 mars 1924, D. H. 1924.281.

que le Procureur de la République, versant *in extremis* une pièce aux débats, avait voulu couvrir un officier de police judiciaire auxiliaire, et des agents dépendant hiérarchiquement de cet auxiliaire, et que la demanderesse n'était peut-être pas digne d'intérêt. Mais elle heurte la légalité : *a*) parce que le Ministère public est sorti de son rôle en contribuant personnellement à l'instruction d'un procès civil, et en y versant une pièce décisive; *b*) parce que le Ministère public ayant la parole le dernier, la contradiction n'a pas été respectée (la possibilité pour les parties, de faire passer des notes au tribunal après les conclusions, n'assurant pas, à notre avis, une efficacité suffisante à la contradiction).

Dans les causes communicables, c'est-à-dire celles où l'ordre public en matière civile est directement intéressé, il nous paraît qu'il serait indiqué que le Ministère public, bien que partie jointe, pût verser aux débats des pièces de procédure pénale, mais sous l'expresse condition d'en avertir avant l'audience la personne contre laquelle il entend produire les pièces. Cependant, cette solution paraît juridiquement difficile à justifier, le rôle du Ministère public étant le même dans les causes communicables, que dans les autres causes où il est partie jointe.

§ 2. — *Le Ministère public partie principale*

« Le Ministère public ne peut agir au civil par voie d'action que dans les cas limitativement déterminés où un texte lui accorde expressément cette faculté. Lorsqu'il agit comme partie principale, il est soumis à toutes les obligations et formes établies par le Code de procédure civil. Il assiste à toutes les opérations telles que : enquêtes, exper-

tises, visites des lieux, etc. » (1). C'est en somme le contre-pied de la règle précédente.

Dans ce cas, on se trouve en présence d'une partie qui a normalement à sa disposition les pièces de procédure pénale. Par un échec très particulier à la règle : *nemo auctor in rem suam,* le Ministère public s'autorise en quelque sorte lui-même à la production des pièces, après avoir passé en revue toutes les considérations tenant à l'ordre public aussi bien en matière civile qu'en matière pénale.

En ce qui touche notre hypothèse (Ministère public partie principale) l'affaire Appert contre Ministère public et Etat est très intéressante en ce que successivement le Tribunal civil de Sainte-Menehould, par jugement du 14 mars 1922, la Cour de Paris, par arrêt du 12 février 1923, la Cour de cassation, Chambre des requêtes, par arrêt du 25 mars 1924, ont statué contre la nécessité du consentement de l'adversaire à la production d'un dossier par le Ministère public (2). On a souligné l'opposition de cet arrêt et d'un arrêt rendu la veille par la même Chambre, et admettant la nécessité du consentement. En réalité, l'opposition n'est qu'apparente : *a*) opte-t-on pour la nécessité du consentement ? Des considérations d'ordre, d'intérêt public, non plus en matière répressive, mais en matière civile, expliquent parfaitement cette brèche à la théorie jurisprudentielle. Ces considérations sont d'ailleurs rigoureusement déduites par l'arrêt de la Cour de Paris . « Attendu qu'en effet il n'est pas douteux que le Ministère public ait le droit d'utiliser dans l'intérêt public les documents de toute nature recueillis dans les instructions

(1) G. Le Poittevin, op. cit., p. 697.

(2) Paris, 12 févr. 1923, G. P. 1923.1.392; Cass. req., 25 mars 1924, D. H. 1924.281.

répressives ; qu'il ne saurait être dénié que le Ministère public, investi du droit de poursuite en matière répressive, possède également ce droit en matière civile, lorsque l'intérêt général l'exige ; qu'il puise ce droit dans l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 ; qu'en l'espèce il est incontestable que les dispositions de la loi du 17 avril 1919 revêtent ce caractère d'intérêt général ; que dans ces conditions une procédure correctionnelle peut être utilisée et versée aux débats » ; *b*) Opte-t-on contre la nécessité du consentement ? *A fortiori*, alors, la décision rapportée n'a-t-elle rien de surprenant.

Conclusions : Le Ministère public agit-il comme partie jointe ? Dans les causes non communicables, il n'a pas qualité pour verser les pièces au débat. Dans les causes communicables, nous serions enclin à admettre qu'il le peut malgré les principes, à condition de respecter la contradiction de la procédure. Mais cette solution est difficilement justifiable, sur le terrain du droit. Le Ministère public agit-il comme partie principale ? Il peut, sous la même condition, produire les pièces de procédure pénale. Ajoutons que, dans ce dernier cas, il devra mettre en balance les considérations tirées de l'ordre public en matière répressive et en matière civile.

TITRE III

ADMINISTRATION DE LA PREUVE PAR PIECES DE PROCEDURE PENALE

Ce titre sera bipartite. Dans un premier chapitre, nous étudierons les garanties octroyées aux parties par le Code de procédure, à l'instruction et à l'audience, abstraction faite des incidents. Nous verrons, dans un deuxième chapitre, deux questions bien différentes, qui peuvent cependant être réunies sous le chef des incidents de procédure : d'une part, nous insisterons sur le fait que, les pièces de procédure pénale produites, l'instruction n'est pas, ou tout au moins ne doit pas être considérée comme terminée ; d'autre part, nous examinerons la mesure dans laquelle les règles d'administration de la preuve pénale, qui sont bien plutôt, très souvent, des règles de *constitution*, peuvent être tenues pour équivalentes des règles d'administration de la preuve civile par le recours aux incidents.

CHAPITRE 1er

LES GARANTIES OCTROYEES AUX PARTIES A L'INSTRUCTION ET A L'AUDIENCE DES AFFAIRES CIVILES

Nous avons vu que les pièces de procédure pénale produites au procès civil peuvent être soit des minutes authentiques, soit des copies de même nature, soit de simples notes. Ces distinctions reposent sur la nature de l'instrument. Produire une copie authentique n'est point, pour autant, administrer une preuve littérale, au sens où l'entend le Code civil.

Le Code de procédure, dans les dispositions générales qu'il consacre à l'instruction des affaires civiles, ou, comme on dit encore, aux défenses entre avoués, ne s'attache ni au moyen de preuve, ni à sa force probante, mais à la seule forme matérielle des pièces, écritures ou conclusions, formes dont il ne peut ni ne doit tirer de conséquences juridiques.

C'est sous le bénéfice de ces observations qu'il faut prendre les développements qui vont suivre.

SECTION 1re

Les garanties à l'instruction (Art. 77 et s. C. Proc.)

Ces garanties que l'on peut qualifier de générales, consistent :

1° Dans la publicité, prise sous l'acception restreinte suivante : fait de porter à la connaissance de l'adversaire la preuve dont on entend faire usage contre lui.

2° Dans la contradiction, qui est naturellement conditionnée au premier chef par le respect de la publicité au sens indiqué. La contradiction elle-même implique : *a*) la discussion ; *b*) la possibilité d'une preuve contraire.

Au sujet des garanties à l'instruction, les arrêts de la Chambre des requêtes et de la Chambre civile sont particulièrement significatifs. La question se décompose comme suit :

1° Fond : les dispositions des art. 77 et s. C. proc. doivent-elles être respectées s'agissant de pièces de procédure pénale ?

2° Forme : s'agissant des mêmes pièces, les décisions doivent-elles expressément mentionner le respect de ces dispositions ou, plus exactement, de la publicité.

§ 1er. — *La question de fond*

Il existe de nombreux arrêts de la Chambre des requêtes, répondant à des pourvois basés sur des moyens à peine différents (1). Les uns n'invoquent

(1) V. p. ex., 8 août 1900, D. 1902.1.267; 10 juil. 1905, S. 1907.1.262; 6 janv. 1908, S. 1908.1.119; 14 déc. 1908, S. 1908.1.135; 26 mai 1913, S. 1913.1.565; 28 juil. 1936, G. P., 1936.2.684.

que le principe général des droits de la défense (l'expression n'apparaît d'ailleurs dans la terminologie des pourvois qu'après 1897, par analogie, sans doute, avec la matière criminelle). Les autres ne s'appuient que sur les art. 77 et s. C. proc.. Les autres, enfin, sur ces articles et le premier principe, qui semble n'avoir alors qu'une valeur explicative.

Si la Chambre des requêtes rejette, c'est parce que le « moyen manque par le fait qui lui sert de base », ou que « le grief n'est pas fondé ». Les motifs portent que : « la pièce dont s'agit a été communiquée dans un débat contradictoire », ou que « le dossier de l'information dont s'agit a été régulièrement communiqué aux parties ». La jurisprudence de la Chambre civile est conforme (1).

Mais que faut-il entendre précisément par « communication dans un débat contradictoire », par « communication régulière aux parties », par le fait de « verser régulièrement aux débats les pièces d'un dossier criminel » ?

Deux choses doivent être distinguées : la mise des pièces à la disposition de la personne qui veut en faire usage ; la *publicité* de ces pièces par rapport à l'adversaire.

1° Nous ne reviendrons pas sur la condition d'autorisation. Nous savons que l'autorisation doit être — les deux caractères se tiennent — préalable et spéciale. L'hypothèse *d'accident de la circulation* exceptée, le Ministère public assurera le respect de la règle de la spécialité en exigeant du requérant la preuve qu'une action est intentée. Il n'en est pas de plus adéquate que l'exploit d'ajournement. Noter qu'au moyen de cet exploit, si du

(1) V. p. ex. : 22 fév. 1897, S. 1897.1.327 ; 19 déc. 1934. D. H. 1934.35.

moins c'est le demandeur qui entend user des pièces, la publicité pourra déjà être faite en partie. Dans l'exposé sommaire des moyens qu'aux termes de l'art. 61, 3°, C. proc., doit contenir l'exploit, le demandeur pourra dès à présent signifier au défendeur qu'il veut faire usage des pièces, sous réserve de l'autorisation du Ministère public.

2° Restent les art. 77 et s., C. proc., concernant les défenses entre avoués et l'instruction des affaires. Le libellé de ces articles indique assez que les requêtes en défense et les requêtes en réponse, ou conclusions grossoyées, ne sont point obligatoires, et on sait que, dans la pratique, on ne les fait jamais. Aussi, arrive-t-il que des moyens, non signifiés entre avoués, soient produits pour la première fois à la barre. On peut craindre, devant l'insistance des pourvois, que la même chose se soit passée ici, une partie produisant les pièces à l'audience, l'autre partie n'en prenant qu'une connaissance sommaire, les discutant hâtivement, sollicitant peut-être du tribunal une mesure d'avant-dire-droit, qui est repoussée. Or, dit la Cour de cassation, « tout document versé aux débats donne aux parties le droit de le discuter contradictoirement » (1). Donner à l'exercice de ce droit de suffisantes garanties, c'est toute la question.

Il faut ici encore distinguer entre la production en minutes et la production en copies.

A. — Production en minutes : L'adversaire est suffisamment averti par la décision d'avant-dire-droit qui ordonne le dépôt du dossier sur le bureau du tribunal, et met ce dossier à la disposition de toutes les parties. Cette décision devra être signifiée à son avoué (art. 147 C. proc.). En ce cas la

(1) Cass. civ. 27 juin 1939, S. 1940.1.8.

désuétude des art. 77 et s. ne comporte pas d'inconvénients.

B. — Production en copies : Ici la situation n'est pas la même, et les pièces peuvent avoir été mises à la disposition d'une partie à l'insu de l'autre. Aussi la question se pose de savoir s'il doit y avoir eu offre de communiquer les pièces à l'appui, dans les termes de l'art. 77 C. proc.. La Chambre civile, dans l'arrêt du 27 juin 1939, précité, a assimilé l'acte d'avoué à avoué à la communication légale, et cassé un arrêt qui avait rejeté des débats une procédure criminelle sous l'unique prétexte qu'aucune pièce de cette procédure, *en original ou en copie,* n'avait fait l'objet d'une offre de communication, dans les conditions précisées aux art. 77 et s. C. proc.. Or l'avoué de l'exposant avait informé son confrère, par acte d'avoué à avoué, qu'il entendait verser ce dossier aux débats, et en tirer telles conclusions que de droit. « Attendu, dit la Chambre civile, que s'agissant d'une procédure correctionnelle terminée après un débat public par un jugement de relaxe, et régulièrement mise à la disposition des parties au greffe de la Cour par le Procureur général, l'offre (en réalité il n'y a pas eu d'offre, mais simplement un avis) qui avait été faite par Fardois devait être assimilée à une communication légale et être accueillie par la Cour d'appel ; d'où il suit que l'arrêt attaqué, en statuant comme il l'a fait, a violé les textes visés au moyen. »

Nous souscrivons à cette jurisprudence pour les raisons que voici : *a*) Il est permis de supposer que la Cour de cassation n'ignore pas que les requêtes en défense et en réponse ne sont pas échangées dans la pratique ; *b*) L'art, 77, pris au pied de la lettre, s'applique mal aux pièces pénales. Pourquoi offrir de communiquer à l'amiable

des copies dont l'original est au greffe ? *A fortiori*, pourquoi offrir de communiquer ces mêmes copies par la voie du greffe, où se trouve l'original ? *c*) Enfin, l'acte d'avoué à avoué, rédigé par un avoué, signé par lui sur l'original et la copie, et signifié par un huissier à un autre avoué remplit exactement le même office, au point de vue de la publicité, que celui que remplirait des conclusions grossoyées. On ne voit, entre le premier et les secondes que des différences aux points de vue des délais, ou des droits de timbre ou d'enregistrement, ou des huissiers chargés de la signification, absolument négligeables,

§ 2. — *La question de forme*

Ici, on trouve des arrêts dans les deux sens. Certaines, au moins une décision de la Chambre civile présume, en l'absence de toute énonciation des décisions, le respect de la publicité. (1).

D'autres exigent que le respect de ces formes soit expressément constaté dans les motifs, et cassent, à défaut de mention expresse : « Attendu, dit la Chambre civile, dans l'arrêt précité du 22 février 1897, que la Cour ayant obtenu communication de cette procédure, ne pouvait, quelle que fût la régularité de cette communication en faire état sans constater que les parties intéressées avaient été mises en demeure, *après en avoir pris connaissance* de la discuter et d'y contredire dans un débat civil ; que n'ayant pas fait cette constatation elle n'a pu prendre cette procédure comme un élément légal de sa décision. » (Noter d'ailleurs que cet arrêt peut être interprété à la rigueur comme se contentant d'une contradiction à l'audience).

(1) 18 oct. 1933, D. H. 1933.539.

Quoi qu'il en soit, il faut opter pour la nécessité d'une constatation expresse de la publicité (et de la contradiction) dans les motifs du jugement ou de l'arrêt, cette forme permettant seule à coup sûr le contrôle de la Cour suprême. Il faudrait sans cela recourir aux qualités, dont la rédaction ne présente pas toujours de suffisantes garanties.

SECTION 2me

Les garanties à l'audience (Art. 85 C. proc. civ.)

Si la publicité avait toujours été respectée, s'il y avait toujours eu soit jugement ou arrêt d'avant-dire-droit signifié à l'adversaire, soit acte d'avoué à avoué, faisant connaître à l'adversaire que les pièces allaient être utilisées, et qu'elles étaient à sa disposition, les garanties à l'audience n'auraient pas fait question.

Qu'est-ce, en effet, que les garanties à l'audience, sinon le droit de défense proprement dit, le droit, pour la partie, de se défendre ou de se faire défendre, de faire présenter et développer d'une façon plus ou moins habile et savante, les éléments préexistants d'une cause en état ? Ce droit est incontestable.

Les garanties générales à l'instruction sont la publicité et la contradiction. Les garanties à l'audience consistent essentiellement dans la discussion. En l'absence des premières, les secondes sont insuffisantes. Voilà pourquoi le Ministère public ne doit pas faire état dans ses conclusions de pièces de procédure pénale non mentionnées dans

celles des parties. Voilà pourquoi nous avons critiqué l'arrêt Femme Lyonne-Neigeat contre Ministère public, portant que rien ne permettait de présumer que les juges aient procédé à l'examen du dit procès-verbal en dehors de l'audience et du contrôle des parties. Cette présomption de respect des règles de procédure est aussi insoutenable que plus haut. D'ailleurs la question de fond ne devant pas normalement se poser, la question de forme ne le doit pas davantage.

Nous ne voyons donc pas la nécessité, pour les jugements et arrêts, de mentionner que les pièces ont fait l'objet de développement oraux à l'audience, que les parties ont ainsi eu le contrôle de leur usage, et que ce n'est qu'après les plaidoieries qu'elles ont été mises au délibéré. De deux choses l'une en effet : ou bien la décision fait état de manière précise des garanties à l'instruction, et alors toute autre mention est inutile ; ou bien, la décision rappelle simplement, sous une forme ou sous une autre, que les juges ont procédé à l'examen des pièces à l'audience, et sous le contrôle des parties, et alors cela ne donne pas une suffisante assurance que la contradiction a été respectée.

CHAPITRE II

LES GARANTIES RESULTANT DES INCIDENTS SUR LA PREUVE

La production des pièces de procédure pénale peut ne pas constituer toute la procédure d'instruction. Une affaire peut en effet soulever d'autres points douteux que l'existence ou la non existence d'un fait matériel. Même en ce qui touche ce fait, elle peut donner lieu à des incidents qui ne sont autre chose que l'exercice réel de la contradiction. Il faut noter d'ailleurs que les incidents prévus par le Code de procédure ne succèdent pas toujours à la production des pièces pénales. Elles la précèdent quelquefois. Il ne faut pas perdre de vue que l'architecture des procès est l'œuvre des parties. La question se présente alors sous un jour un peu différent. On trouve des décisions dans les deux sens, les unes admettant qu'il faut s'en tenir aux résultats des enquêtes et contre-enquêtes civiles; les autres que les procès-verbaux pourront être utilement consultés.

En dehors de toute hypothèse procédurale, comportant un incident sur la preuve, il convient d'étudier si la preuve par pièces de procédure pénale comporte les mêmes garanties que celles dont le Code de procédure assortit la preuve civile lorsqu'il traite des incidents.

SECTION 1re

Les incidents sur la preuve et l'exercice réel de la contradiction

Cette question elle-même comporte deux aspects, qui sont d'ailleurs deux formes de *l'actus probandi : a*) l'exercice de la contradiction proprement dite par le recours aux incidents; *b*) le fardeau de la preuve ou l'*onus probandi.*

§ 1er. — *Le recours aux incidents*

Il est bien entendu que nous ne nous occupons ici que de la preuve contraire. Nous devons faire abstraction des décisions qui ne statuent que sur la publicité au sens restreint et la discussion par échange de conclusions ou plaidoiries. Au sujet des articles 77 et s. C. proc., nous avons étudié la jurisprudence de la Cour de cassation. Au contraire, la jurisprudence de la Cour suprême ne comporte pas d'enseignement sur l'opportunité d'admettre largement les incidents en notre matière, parce que sans doute la nécessité de prendre d'office une mesure d'avant-dire-droit ou d'accepter la proposition d'une partie est une question de circonstance échappant à la censure de cette juridiction. Nous ne pourrons donc que formuler un vœu.

Ceci dit, en pratique, le plus souvent les incidents sont relatifs à la preuve testimoniale. Il y a aussi quelques exemples d'incidents relatifs à l'expertise.

1° *Décisions admettant le recours aux incidents* (1) : Les arrêts de la Chambre des requêtes ne sont pas intéressants. Seule en effet la Chambre civile aurait pu casser pour défaut de contradiction. Or, à notre connaissance, il n'existe pas d'arrêt cassant. Nous avons donné supra la raison probable de ce fait. Les arrêts de la Chambre des requêtes se bornent à constater « qu'en effet il est constaté par l'arrêt attaqué que cette procédure (correctionnelle) devait être communiquée au défendeur,puis que celui-ci était autorisé à prouver par témoins les faits articulés pour combattre l'instruction judiciaire précédemment dirigée contre lui » (2). Mais la Chambre des requêtes eût-elle admis le pourvoi, à défaut de mesure d'avant-dire-droit ? Nous n'en savons rien.

Quant à ces décisions il convient de noter :

a) que les juridictions civiles se prononcent aussi bien sur les pièces d'enquête officieuses que sur celles de l'information régulière ;

b) que ces décisions des juridictions civiles sont soit des jugements ou arrêts d'avant-dire-droit, soit des jugements ou arrêts définitifs ; en ce dernier cas, la faculté de recourir aux incidents est énoncée sous la forme d'un principe, pour légitimer les motifs tirés des pièces de procédure pénale, sans qu'aucune de ces mesures ait été prise d'office ou sur demande. « Attendu qu'une semblable communication, qui n'impose aucune restriction au libre exercice de la contradiction, déclare la Cour de Toulouse, ni aucune entrave à la liberté de la

(1) Trib. civ. de Laval, 3 mai 1933, G. P. 1933.2.323. Trib. civ. de Versailles, 25 janv. 1938, D. H. 1938.254. Cour d'Appel de Riom, 8 mai 1929, G. P. 1929.2.309. Cour d'Appel de Toulouse, 19 mai 1939, D. H. 1939.381.

(2) 31 mai 1927. G. P. 1927.2.382. V. aussi 2 janv. 1940, D. H. 1940, 89.

défense, et qui laisse au plaideur la faculté d'apporter ses justifications et de solliciter toute mesure d'avant-dire-droit susceptible de contredire ou même d'anéantir les données de la procédure communiquée, etc. » Pour que cet argument, fourni par la Cour de Toulouse contre la nécessité du consentement de la personne contre qui les pièces sont produites, tienne, il faut du moins que le jugement ne se refuse pas à déférer à la requête de cette partie.

2° *Décisions n'admettant pas le recours aux incidents* : Ici encore nous trouvons un certain nombre de décisions qui, pour la plupart, statuent sur des procès-verbaux de police ou de gendarmerie (1).

Au point de vue procédural, ces décisions sont soit des jugements ou arrêts d'avant-dire-droit, soit des arrêts ou jugements statuant au fond, ayant préalablement déclaré que l'affaire était prête à recevoir une solution.

L'arrêt de Dijon est caractéristique en ce qu'il réforme une décision d'avant-dire-droit ordonnant une enquête à l'appui d'un procès-verbal officieux, mais retient ce procès-verbal malgré l'opposition principale de l'adversaire et déboute celui-ci de sa demande subsidiaire d'enquête. Quant à l'arrêt de la Chambre des requêtes, il est intéressant en ce

(1) Trib. civ. de Toulouse, 24 nov. 1920. Gaz. Trib. Midi, 8 mai 1921 (non lieu). Cour d'Appel de Bordeaux, 23 janv. 1922. Rec. de Bordeaux 1922.68 (enq. off.). Cour d'Appel Lyon, 6 mai 1931, Mon. Jud. Lyon, 17 juin 1932 (enq. off.). Cour d'Appel Lyon, 17 déc. 1931, M. J. Lyon, 19 févr. 1932 (enq. off.). Cour d'Appel Dijon, 8 mars 1932, D.H. 1932 ,243 (enq. off.). Cour d'Appel de Bordeaux, 31 mars 1936. Rec. Bordeaux 1937.20 (enq. off.). Cass. Req. 3 janv. 1888 S. 1889.1.5 (non-lieu). Dans cette espèce successivement le Tribunal de Lons-le-Saunier, la Cour de Besançon, la Chambre des Requêtes rejettent l'enquête demandée à l'appui des moyens de faux.

que le pourvoi est fondé sur la violation de l'art.252 C. proc.. Mais, évidemment, ce moyen n'est pas retenu puisque la loi laisse le juge libre d'accorder ou de refuser l'enquête.

3° *Choix d'une solution.* — En faveur de la thèse de l'opportunité, on peut s'appuyer sur le Code de procédure lui-même, et sur des arguments de fait, déduits par la jurisprudence principalement au sujet des enquêtes officieuses : valeur des procès-verbaux de police ou de gendarmerie, qui ne dépend pas de formes inexistantes, mais de la flagrance du fait, de l'immédiateté de la preuve ; caractère même irremplaçable de cette preuve, dans la mesure où elle consiste en constatations matérielles immédiates et non renouvelables; non-valeur d'une preuve régulière, venue de l'imprécision des souvenirs des témoins, de la possibilité de dépositions intéressées; enfin arguments dépassant la valeur de la preuve elle-même et consistant en une présomption rigoureusement entendue sur le bien ou le mal-fondé de la demande : long espace de temps entre le fait dommageable et l'introduction de l'action (neuf années dans l'affaire jugée par la Cour de Dijon) ; avantage à ne pas jeter les parties dans de longues involutions de procédure.

En faveur de la plus large contradiction, on peut dire que les arguments ci-dessus valent surtout pour les procès-verbaux de police et de gendarmerie. Encore que la valeur intrinsèque de ceux-ci ait été parfois critiquée, on peut admettre qu'à leur sujet, l'esprit logique et juridique doit le céder à la psychologie. Les spectateurs de l'accident, sous le coup de l'indignation, la victime elle-même, non encore éclairée par un conseil sur les réparations possibles, disent en général la vérité. Mais, le plus souvent une enquête régulière servira à renforcer

la conviction du juge par des comparaisons, et par l'exercice qui n'est pas exclu ici de sa pénétration psychologique. Par ailleurs, il faut s'efforcer de détruire la disparate des solutions suivant les pièces de procédure. *D'où, à notre avis, sagesse d'admettre, en thèse générale, une preuve régulière civile, à côté des pièces pénales.*

Nous en verrons mieux la raison avec l'étude des garanties propres aux litiges d'ordre privé.

§ 2. — *Le fardeau de la preuve*

L'art. 1315 C. civ. figure couramment dans l'arsenal des pourvois. Nous devons nous y arrêter un instant.

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Or, cet article, considéré isolément, est étranger à notre matière. Il ne se justifierait que si l'on admettait comme illégale la preuve par pièces pénales. Alors, la partie à qui incomberait la preuve ne l'aurait pas faite, si elle s'était bornée à produire le dossier. De même celle qui, par le moyen d'une exception, aurait rejeté sur l'adversaire le fardeau, ou s'en serait lui-même déchargé, ne l'aurait pas fait valablement par la production du dossier. Mais la preuve par de tels moyens n'est plus, depuis longtemps, considérée comme illégale. Des controverses s'élèvent seulement, quant à son admissibilité (en un de ses éléments : le consentement), son administration et sa force probante. Quant au fardeau de la preuve et à son déplacement, ils sont régis par des principes étrangers à l'admissibilité, à l'administration et à la force probante. Deux exemples vont le montrer :

1° Conduisant une automobile, vous m'avez renversé et blessé ; j'agis contre vous en paiement de dommages-intérêts ; n'eût été l'article 1384, la preuve de votre « responsabilité » m'incomberait; mais grâce à l'article 1384, je bénéficie de l'exonération du fardeau de la preuve ; vous produisez alors une procédure officieuse, qui semble établir ma faute exclusive ; je demande à prouver par enquête régulière que les témoins entendus par les gendarmes ont été infidèles. Il ne changerait rien au fardeau de la preuve que ce soit vous qui demandiez une enquête, et moi qui produise les pièces officieuses.

2° Ma maison, assurée contre l'incendie, brûle, et vous, assureur, ne voulez pas exécuter les obligations qui vous incombent d'après ma police d'assurance ; j'agis contre vous en exécution, et je produis ma police, comme me l'impose la règle : *actori incombit probatio* ; mais vous m'opposez une clause de déchéance pour incendie volontaire, et prétendez faire la preuve de ce fait par pièces de procédure pénale, vous m'opposez alors une véritable exception. Mais vous pourriez également l'opposer, en demandant une enquête civile.

Ceci dit, la plupart des arrêts de la Chambre des requêtes en la matière ont répondu par les motifs-types déjà énoncés au moyen de l'art. 1315 expressément invoqué, ou produit sous la formule générale des règles en matière de preuve.

Quant aux arrêts de la Chambre civile (1), s'ils cassent les décisions contre lesquelles l'art. 1315 est invoqué, c'est uniquement pour méconnaissance du principe de contradiction, et non pour une atteinte aux règles concernant le fardeau de

(1) Cass. civ. 29 juil. 1903, D. P. 1903.1.448, et 19 déc. 1934, D. H. 1934.35

la preuve, à l'obligation de prouver. « Attendu, dit la Chambre civile (arrêt du 29 juil. 1903, précit.), qu'il ne résulte pas des motifs, non plus que des qualités du jugement attaqué que cette procédure ait été communiquée au juge du consentement de la partie qui avait intérêt à la garder secrète, ni qu'elle ait été versée dans un débat contradictoire, d'où il suit qu'en la prenant pour base de sa décision, le tribunal a méconnu les droits de la défense et violé les textes sus-visés (dont l'art. 1315). »

En somme, tout ce qu'on peut dire, c'est que l'art. 1315 est violé par voie de conséquence, et uniquement en tant qu'il édicte *une obligation générale de prouver*. De deux choses l'une : ou bien les principes de publicité et de contradiction ne sont pas invoqués; et alors l'art. 1315 l'est avec quelque utilité; ou bien ces principes constituent un moyen et l'article 1315 n'est plus qu'une redondance du pourvoi.

SECTION 2me

Les garanties pénales et les garanties propres aux litiges d'ordre privé dans l'administration de la preuve.

§ 1er. — *Les moyens de preuve et l'analyse logique de la preuve par pièces de procédure pénale.*

1° *Que faut-il entendre par analyse logique ?* « Deux questions d'ordre très différent se posent : l'une concerne les procédés de preuve destinés à constater l'existence du fait, quel qu'il soit, nécessaire pour entraîner le gain du procès ; l'autre concerne l'analyse logique de la preuve ; elle a

pour but de déterminer quel doit être ce fait pour que la preuve soit convaincante. Ces deux questions fort distinctes n'ont pas de corrélation entre elles. Des procédés de preuve identiques peuvent aboutir à une preuve différente, du point de vue de l'analyse logique. » (1). En somme, MM. Planiol et Ripert affirment par là deux choses : *a*) que le procédé de preuve ou sa qualification n'est pas fonction de la nature du fait qu'il constate, ou de l'objet de la preuve (l'existence du fait, quel qu'il soit, écrivent-ils). Exemple : le témoin peut rapporter le fait contesté lui-même ; il peut rapporter un fait voisin; peu importe; le procédé de preuve utilisé sera toujours le témoignage; *b*) que l'analyse logique de la preuve a pour but de déterminer quel doit être ce fait pour que la preuve soit convaincante. Exemple : le témoin dépose-t-il sur le fait contesté lui-même (il a vu l'accident), le juge doit en principe en tirer une certitude, ou, comme disent les civilistes, une preuve directe, ou encore, une preuve proprement dite ; le témoin rapporte-t-il un fait voisin ? Le juge n'en doit tirer qu'une probabilité ou présomption. On le voit, le critérium de la preuve directe ou indirecte, de la présomption ou de la certitude, est d'allure scientifique.

Conséquence de cette distinction :

A. — Le Code de procédure, dans ses dispositions sur l'administration de la preuve (instruction, audience, incidents), ne s'occupe que du procédé, du mode de preuve. Pour sa décision, pour la détermination de la force probante, au contraire, le juge n'est soumis, en principe, à d'autres règles qu'à celles de la raison. Aussi analyse-t-il logiquement la preuve pour se rendre compte s'il

(1) Planiol et Ripert, op. cit., T. VII, 1423.

n'en tire pas de conclusions contraires à la raison. En d'autres termes, le procédé de preuve n'a trait qu'à l'administration, l'analyse logique de la preuve n'a trait qu'à la force probante.

B. — Les présomptions ne sont pas à la rigueur des procédés, des modes de preuve. En principe, tous les procédés de preuve peuvent fournir des présomptions et réciproquement, les présomptions peuvent être tirées de tous les procédés. Or, les auteurs, criminalistes et civilistes, commettent une confusion : celle du procédé de preuve, et de sa force probante. Nous l'étudierons à loisir dans le titre consacré à la force probante.

C. — Les présomptions n'étant pas des modes de preuve n'ont rien de commun avec la procédure. La meilleure vérification en est que le Code de procédure ne porte pas trace d'un incident sur la preuve par présomption.

2° *La jurisprudence.* — Dans un titre consacré à l'administration, nous ne devons nous occuper que des procédés de preuve proprement dits, qui seuls, nous croyons l'avoir démontré, ont une relation avec cette question. La plupart des décisions ne pèchent pas par excès de précision, soit qu'elles se gardent de qualifier les pièces de procédure pénale en tant que procédés de preuve, soit qu'elles se maintiennent dans le vague, et ne voient dans ces pièces que des « renseignements », des « indications », des « éléments de conviction ». Par contre, d'autres décisions, rares il est vrai, font entrer d'une façon plus ou moins expresse les pièces pénales dans une des catégories prévues au Code civil ou de procédure (1). Elles parlent de

(1) Trib. civ. de Toulouse, 24 nov. 1920. Gaz. Trib. du Midi, 3 mai 1921. Cour d'Agen, 20 janv. 1851. D. 1851.2.49. Cour de Grenoble, 6 mai 1927. Journ. de Grenoble 1927.58. Cass. req. 2 janv. 1940. D. H. 1940.89.

témoignages, de dépositions, de constatations matérielles.

C'est que la jurisprudence, dès le début, s'est trouvée devant une alternative : qualifier les pièces de procédure pénale en tant que modes de preuve, et alors on tombait dans une catégorie civile pour laquelle le Code de procédure prévoyait des règles d'administration ; se garder de cette qualification, pour échapper au reproche d'avoir admis en preuve les pièces pénales au mépris des règles civiles sur l'administration de la preuve, règles relatives aux incidents. Mais on introduisait ainsi dans la matière des équivoques, qui ont certainement contribué à l'obscurcir et à en différer longtemps la solution. Une science, quelle qu'elle soit, régresse, quand elle oublie, même volontairement, et dans les meilleures intentions, les définitions qui sont à sa base.

Quoi qu'il en soit, et sur ce point précis de la qualification des pièces pénales en tant que modes de preuve, on peut distinguer deux phases, et peut-être trois, dans la jurisprudence.

Dans un premier système, « les lois ayant établi des règles différentes pour l'audition des témoins en matière civile et en matière criminelle, il s'ensuit qu'on ne peut baser une décision au civil sur les dépositions des témoins entendus au criminel sans violer les lois relatives à l'audition des témoins en matière civile. (Rennes, 12 juil. 1811 ; Colmar, 23 juil. 1811 ; Toulouse, 30 avril 1821 ; Nancy, 20 juin 1844. Requêtes, 2 juin 1832).

Dans un deuxième système dominant en doctrine et en jurisprudence, on admet, au contraire, que, bien que l'enquête criminelle ne présente pas les mêmes *garanties* (l'expression s'amorce déjà) que l'enquête civile, parce qu'elle n'est pas entourée des mêmes formalités, les juges civils, *qui peu-*

vent se décider par de simples présomptions, dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, peuvent, *à plus forte raison,* fonder leur conviction sur les résultats d'une information judiciaire, et sauf réserve de la preuve contraire, au bénéfice de la partie à laquelle ils sont opposés. Req. 20 juin 1841, et 10 avril 1876. V. aussi Aix, 4 mai 1874, etc., etc. » (1). Le tour est joué, par le moyen relativement timide de l'argument *à fortiori.* Ce passage du nouveau Code civil annoté est textuellement repris dans les conclusions de M. le Substitut du Procureur général Legris, devant la Cour de Paris, le 12 février 1923, alors que depuis longtemps, la jurisprudence, faisant un pas de plus, qualifiait de présomption la preuve tirée de pièces pénales.

Le troisième système est celui qu'adoptent les décisions isolées précitées et qui consiste, sans se laisser arrêter par le résultat, apparemment contraire aux règles du Code de procédure, de la première branche de l'alternative, à nommer les choses par leur nom. « Attendu, lit-on dans l'arrêt de la Chambre des requêtes du 2 janvier 1940, que la Cour d'appel, en statuant comme elle l'a fait, a souverainement apprécié la valeur *des témoignages.* » Cet arrêt inaugurera peut-être la troisième phase dont nous parlions.

§ 2. — *Etude rapide comparée de l'administration pénale et civile de la preuve.*

Il faut distinguer entre les enquêtes officieuses et les procédures pénales régulières.

1° *Les enquêtes officieuses.* — On ne trouve ici rien de comparable, ni d'*équivalent* à ce que les auteurs et la jurisprudence appellent les « garan-

(1) Ed. Fuzier-Herman, nouveau code civil annoté, 1903-1905, a. 1316, n° 123.

ties propres aux litiges d'ordre privé ». La raison en est que le Code d'instruction criminelle ne réglemente pas ces enquêtes. Ici encore, on trouve deux catégories de décisions.

a) Décisions tout à fait isolées n'admettant pas en preuve les procès-verbaux de police ou de gendarmerie. « Attendu que le contenu des procès-verbaux de gendarmerie *n'est pas un moyen de preuve* admis par la loi devant les tribunaux civils ; attendu qu'il est constant également que les déclarations contenues dans les procès-verbaux peuvent ne pas présenter de sérieuses garanties de véracité, étant données les conditions dans lesquelles elles ont été faites » (1). Aussi l'arrêt de la Cour de Chambéry, dont nous extrayons ces motifs, subordonne-t-il la production au consentement de l'adversaire, tout comme lorsqu'il s'agit de procédure close sur non-lieu. Une autre décision (2) n'admet en preuve les procès-verbaux qu'autant que leur contenu a été reconnu exact par les parties, ce qui équivaut soit à un aveu, soit à un témoignage.

b) Mais la presque totalité des décisions admettent en preuve ces procès-verbaux (3). Quelques-unes motivent, d'une manière facile, par le principe plus ou moins valable que tout ce qui n'est pas défendu est permis. « Attendu, disent-elles, qu'aucune loi n'interdit au juge, etc., etc. » Mais la garantie véritable mentionnée ailleurs est *l'im-*

---

(1) Cour de Chambéry, 19 févr. 1935. S. 1935.220.

(2) Trib. civ. Langres, 3 juin 1926, D. H. 1926.462. Noter qu'il s'agissait d'un fait juridique et non matériel.

(3) Trib. civ. Laval, 3 mai 1933. G. P. 1933.2.323. Trib. civ. de Thonon, 27 avril 1938. G. P. 1938.2.306. Cour de Paris, 15 mai 1896. D. 1896.2.415 (nota : fait juridique). Cour de Bordeaux, 23 janv. 1922. Rec. Bordeaux 1922.68. Cour de Grenoble, 6 mai 1927. J. Grenoble 1927.58. Cour de Riom, 8 mai 1929. G. P. 1929.2.309. Cour de Lyon, 17 déc. 1930. Moniteur Jud. de Lyon, 6 nov. 1931, etc., etc.

médiateté de la preuve, résultant de la *flagrance* du fait. C'est le triomphe de l'immédiateté sur le formalisme. « Les tribunaux peuvent retenir comme moyens de preuve un procès-verbal de police régulièrement versé aux débats, et la concordance des déclarations y relatées, y puiser tous éléments d'appréciation et de conviction, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une instruction civile qui, effectuée deux ans après les faits, ne permettrait de recueillir que des témoignages confus et suspects d'inspirations intéressées » (1). Et encore : « les juges peuvent puiser les motifs de leurs décisions dans le procès-verbal de police, dressé sur place, quelques instants après l'accident, et qui rend inutile l'enquête sollicitée, où seraient entendus des témoins n'ayant pas assisté à la collision, et n'en ayant pas constaté les effets. » L'immédiateté de la preuve est bien déduite par ces décisions. Nous les critiquerons seulement en ce qu'elles n'admettent pas la contradiction.

2° *Les procédures d'information régulière.* — Les procédés de preuve sont sensiblement les mêmes au pénal et au civil. Cela tient à la nature des choses. L'unique exception est le serment, qui n'est pas un mode de preuve en matière criminelle. Il convient d'écarter aussi la preuve littérale qui n'a pas la même signification au pénal et au civil. Restent l'aveu, la descente sur les lieux du Code de procédure, à quoi correspondent les transports criminels, l'expertise, la preuve testimoniale. Nous nous bornerons à un parallèle rapide entre les règles civiles et pénales d'administration de la preuve, car une comparaison minutieuse excéderait le cadre de cet ouvrage.

(1) Cour de Bordeaux, 31 mars 1936. Rec. ass. 1937.20 sommaire. Cour de Bordeaux, 3 mars 1937. Rec. Bordeaux 1938.307.

A. — *L'aveu.* — Au pénal, l'aveu est obtenu au moyen de l'interrogatoire qui est spécial à l'inculpé. Au civil il est obtenu soit par l'interrogatoire sur faits et articles, soit par la comparution personnelle, qui peuvent s'adresser, ou être demandés aux parties. (Art. 324 C. proc.). Il suffit qu'il s'agisse d'un fait personnel. Première différence qui s'explique par la matière : au civil, les incapables ne peuvent être interrogés et leurs représentants ne le peuvent que sous certaines conditions. Deuxième différence : au civil au moins en ce qui concerne l'interrogatoire sur faits et articles, la partie interrogée ne peut se faire assister d'un conseil (art. 33 C. proc.), alors qu'en matière pénale l'assistance est toujours possible (L. de 1897), parfois même obligatoire. Ici donc, c'est la garantie privée qui fait défaut. L'intérêt pratique de l'aveu existe surtout pour les procès-verbaux de police et de gendarmerie. Mais il y a des exemples d'aveux au cours d'une information régulière (1). Dans l'espèce jugée par le Tribunal de Vitry-le-François, il n'est pas dit pourquoi le défendeur, auteur de certains aveux, a critiqué la production, et si c'est sur le terrain des garanties, ce qui serait d'ailleurs peu efficace.

B. — *La connaissance personnelle du juge.* — Au pénal, le transport sur les lieux n'a un caractère public que par rapport à la partie publique (Art. 88 C. I. C.). La publicité n'est prescrite par rapport au prévenu que s'il y a lieu à visites domiciliaires, perquisitions et saisies. Il faut noter cependant la pratique des reconstitutions. Au civil, la publicité est prescrite par rapport aux parties par l'art. 297 C. proc. : « de quelque façon que cette descente sur les lieux s'exécute, il faut qu'elle ne se fasse qu'en

(1) V. p. ex. Trib. civ. de Vitry-le-François, 23 juil. 1931. G. P. 1931.2.562.

présence des parties, ou tout au moins que les parties y aient été dûment appelées » (1). Les garanties sont donc moindres au pénal. Mais la connaissance personnelle du juge n'offre pas pour nous d'intérêt pratique.

C. — *L'expertise.* — Au pénal, les seules dispositions sont les art. 43 et 44 C. I. C. Mais il existe une série de règles d'application courante : *a*) c'est le juge qui désigne le ou les experts; *b*) corollaire de cette règle : il n'y a pas de récusation possible ; *c*) les parties n'interviennent à aucun moment de l'élaboration du rapport ; *d*) les experts prêtent serment (art. 44 C. I. C. étendu). Au civil : *a*) en principe, la nomination a lieu par les parties (art. 304 C. proc.) ; *b*) en cas de désignation par le juge les parties ont le droit de récusation; *c*) les experts prêtent serment ; *d*) les parties ont le droit d'assister à la rédaction de la partie en quelque sorte descriptive du rapport (art. 317 C. proc.). Ici aussi les garanties sont moindres au pénal. La seule qui subsiste est le serment. Mais l'intérêt pratique est restreint. Un arrêt de la Cour d'Aix se fonde cependant sur une expertise criminelle : « Attendu qu'à plus forte raison le tribunal peut puiser la preuve dans une enquête régulièrement faite, dans laquelle les experts ont agi, les témoins déposé sous la foi du serment, alors même qu'il s'agirait, comme dans l'espèce actuelle, d'une enquête consignée dans une procédure criminelle. » (2).

D. — *Le témoignage.* — Il présente au contraire un très grand intérêt pratique. Aussi bien au pénal qu'au civil, il est apporté sous la foi du serment. La principale différence consiste dans le fait que la déposition du témoin au cours de l'instruction cri-

(1) Cuche, op. cit., p. 530.
(2) Cour d'Aix, 4 mai 1874, D. P. 1875.2.52.

minelle préparatoire est secrète, et, par suite, non contradictoire. (Noter cependant que la partie civile peut faire entendre ses témoins et que la contradiction, entre prévenu et partie civile, a effectivement lieu, quoique, toujours, avec un temps de retard). Au contraire, au civil l'audition des témoins se fait en présence des parties. Celles-ci peuvent même suggérer au juge-commissaire de poser certaines questions.

3°. — *Conclusion* : Cette comparaison sommaire nous aura permis de constater que l'instruction des litiges d'ordre privé n'a essentiellement, en propre, que la publicité, au sens restreint, partant la contradiction immédiate. Dans les enquêtes officieuses ces garanties sont suppléées par l'incomparable sécurité de l'immédiateté de la preuve, qui, encore un coup, ne doit pas faire exclure la contradiction par le recours aux incidents. Le juge sera renforcé dans sa conviction, le cas échéant, par l'audition de témoins réticents, hésitants, ou inconséquents. Dans les enquêtes officielles, cette garantie fait défaut; et il n'y aura pas eu contradiction s'il n'y a pas eu constitution de partie civile, si, par suite, la personne lésée n'a pas eu connaissance, par intervalles, de la marche de l'enquête (1). Il ne faut pourtant pas oublier que le juge d'instruction est le meilleur des « contradicteurs légitimes ».

On a dit (2) pour justifier l'absence des garanties d'ordre privé qu'en dehors des pièces de procédure pénale, les juges civils avaient souvent assis leurs décisions sur des preuves administrées en violation des lois de procédure. Or, les tribunaux ne semblent pas avoir pris les libertés que l'on

(1) V. Aix, 3 févr. 1938; D. H. 1938.249.
(2) M. P. Mimin, art. préc..

prétend vis-à-vis de ces lois, et notamment vis-à-vis des art. 257 et s. C. proc.. L'arrêt de la Chambre civile du 26 juin 1889 (1) est cité partout comme légitimant les décisions basées sur une enquête nulle. Or, que dit-il ? « Attendu que si, dans la cause.... il était permis aux juges de recourir aux simples présomptions de l'homme, et par suite de les puiser même dans les témoignages recueillis dans les enquêtes nulles en la forme, c'était sous la condition de ne pas attribuer à ces témoignages l'autorité d'une preuve testimoniale régulièrement faite et de ne les compter que comme des indices; attendu cependant que sans indiquer à quel titre ils ont fait état des témoignages recueillis dans des enquêtes, les juges les ont invoqués à l'appui de leur décision et que s'ils l'ont en même temps appuyée sur les circonstances de la cause, *ils n'ont point affirmé que ces circonstances auraient à elles seules, indépendamment des enquêtes, déterminé leur conviction.* En quoi le jugement attaqué a méconnu les règles de la preuve par témoins, et violé les textes de loi ci-dessus visés. Par ces motifs, casse, etc. » On voit que les présomptions tirées d'enquêtes nulles sont réduites à un rôle superfétatoire.

On a dit aussi que, du moins, l'information criminelle était menée suivant sa discipline propre. C'est déjà une garantie. Mais il n'est venu à personne l'idée de s'assurer que la procédure d'instruction close par un non-lieu n'était pas entachée de quelque vice. D'ailleurs, une décision qui repousserait des pièces de procédure pénale, motif pris d'une nullité non soulevée de l'instruction, violerait l'ordre des juridictions.

La vérité est que le respect, que nous avons constaté, des règles de procédure civile, à l'instruc-

(1) D. 18.90.1.135.

tion et à l'audience, le libéralisme, que nous avons préconisé, quant aux mesures d'avant-dire-droit, sont de nature à compenser la défaillance des garanties spéciales, qui se ramènent au fond à la publicité et à la contradiction. Ces garanties ne seront point concomitantes, mais postérieures. L'essentiel est que, d'une part, soient sauvegardés au civil les principes fondamentaux de la recherche de la vérité, et que, d'autre part, tout dommage soit réparé.

Telles sont les raisons pour lesquelles nous n'acceptons pas davantage l'absence des garanties spéciales aux litiges d'ordre privé comme réponse à l'énigme de la jurisprudence exigeant le consentement.

TITRE IV

LA FORCE PROBANTE DES PIECES DE PROCEDURE PENALE (1)

Les pièces de procédure pénale admises, la preuve administrée, la force probante de ces mêmes pièces n'aurait pas dû faire question. Dans l'ordre théorique de succession des questions que doit se poser le juge en face d'un problème comme le nôtre, nous avons fait passer, dans l'introduction à cette troisième partie, la force probante la dernière. En réalité, la jurisprudence a traité le problème à l'envers. Au lieu de se demander : « Puis-je admettre ? Quelles vont être les règles

(1) Il convient d'attirer l'attention sur les points suivants :

a) Nous ne nous occuperons pas ici de la force probante comparée d'une copie authentique par le greffier, et de simples notes. La signature du greffier atteste, jusqu'à inscription de faux, la conformité de la copie à l'original. Nous avons signalé (Sup., p. 85, 166 et 167, les inconvénients des simples notes, quant à l'incertitude de leur conformité à l'original, et dit aussi que ces inconvénients étaient bien plus théoriques que pratiques, du fait que les pièces pénales appartiennent à des archives judiciaires.

b) Quant aux simples notes, à supposer leur exactitude non contestée, aux expéditions du greffe, abstraction faite des mentions du greffier, aux originaux, c'est la force probante de leur contenu qui va nous retenir ici. Notons qu'au pénal même, le contenu de certaines pièces vaut jusqu'à inscription de faux, mais dans des matières qui ne donnent pas lieu à la production, au civil, du dossier répressif.

d'administration ? Quelle va être la force probante ? Le juge a dit : « Je ne tire de ceci qu'une preuve de seconde zone (alors que, dans son esprit, la preuve était tout à fait concluante, et qu'il n'employait le subterfuge de la présomption que pour arriver à ses fins : utiliser les pièces pénales) ; je respecte d'ailleurs les règles d'administration ; donc, je puis admettre » Bref, le juge ayant affirmé maintes fois son pouvoir, nous examinerons dans un premier chapitre cette faculté de se déterminer d'après les pièces pénales. Dans les deux chapitres suivants, nous essayerons de dissiper les confusions, qui ont été commises, de la force probante, de l'administration et de l'admissibilité.

CHAPITRE Ier

LE POUVOIR DU JUGE

L'intime conviction et la force probante ne sont que les deux faces d'une même réalité. Dans la mesure où la force probante est indéterminée, le juge a le pouvoir de ne se décider que d'après sa conscience, c'est-à-dire suivant le critérium qu'il porte en lui du vrai et du faux. Il n'a pas ce pouvoir dans un système de preuves légales. Or, les preuves légales, au moins en principe, ont vécu (1).

« La loi ne détermine pas elle-même l'effet probatoire du moyen de preuve fourni. La question de savoir si la vérité peut être considérée comme établie par la discussion des preuves est abandonnée à l'appréciation du juge » (2). « Aucune règle légale ne pouvant mesurer à l'avance la valeur de chaque preuve, la libre impression, laissée dans la conscience du juge par l'instruction, en un mot l'intime conviction, tel est le seul critère qu'une législation rationnelle doive reconnaître.... Il n'y a donc à ce point de vue entre les juridictions civiles et les juridictions criminelles, ajoute M. Garraud, à qui nous empruntons cette deuxième cita-

(1) Nous disons en principe, parce que les preuves peuvent, encore actuellement, avoir une force déterminée par la loi. Il en est ainsi en quelque mesure pour les actes écrits.

(2) P. Garraud, op. cit., p 790.

tion, d'autre différence que celle-ci : le plus souvent il s'agit de faits juridiques au civil, de simples faits matériels au criminel » (1). M. Garraud avait soutenu auparavant que le système des preuves de conviction était étranger au procès civil, mais la suite éclaire et corrige cette affirmation.

Ceci posé, les décisions à quelque degré qu'elles aient été prises, ont toujours fait état du pouvoir du juge en ce qui concerne la preuve tirée de pièces de procédure pénale. Les esprits se sont élevés contre cette affirmation d'un pouvoir.Tout naturellement les pourvois se sont emparés de cette notion et l'ont critiquée sous le moyen de l'*excès* (2). Mais l'excès de pouvoir est une ouverture à cassation assez imprécise. La délimiter sort de notre propos. Remarquons cependant que ces définitions classiques cadrent mal avec la question qui nous préoccupe. « L'excès de pouvoir, écrit M. Glasson, est un acte par lequel un tribunal ou un magistrat de l'ordre judiciaire viole le principe de la séparation des pouvoirs en empiétant sur l'autorité administrative, exécutive, législative » (3). Quant à M. Garsonnet, il écrit : « L'excès de pouvoir, en matière de procédure civile est synonyme d'usurpation, et signifie l'acte d'un tribunal qui a empiété sur les attributions des pouvoirs législatifs ou exécutifs, ou qui, sans empiéter sur aucun autre domaine, est sorti du sien en s'arrogeant des droits refusés à l'autorité judiciaire » (4).

Les parties ont assez vite cessé d'invoquer l'excès de pouvoir, du moins sur ce terrain. Nous avons

---

(1) Ibid., n.p. 802 et 803.

(2) V. entre autres décisions : Cass. req. 31 janv. 1859, D. 1859.1.439. Cass. req., 2 mai 1864, D. 1854.1.266.

(3) Op. cit. T. I., p. 195.

(4) Traité de procédure, T. 6. Par. 2350.1.

vu que, plus tard, il y avait été au contraire fait appel pour critiquer le compulsoire.

Nous devions signaler cette première réaction contre la production de pièces pénales dans un débat civil, qui constitue une des multiples questions auxquelles la jurisprudence a été appelée à répondre.

CHAPITRE II

FORCE PROBANTE ET ADMINISTRATION

1° *Les conceptions de la présomption.* — Il existe deux conceptions de la présomption :

a) Une conception doctrinale : le procédé de preuve s'applique-t-il au fait à prouver lui-même ? On se trouve en présence d'une preuve proprement dite. Le procédé s'applique-t-il à un fait connexe ? On a affaire à une présomption. « La preuve directe tend à établir le fait contesté par les parties à l'aide de moyens de conviction s'appliquant précisément à ce fait : actes ou titres, dépositions de témoins, et dans certains cas, rapports, avis d'experts. La preuve indirecte ne tend à établir le fait contesté qu'à l'aide d'inductions tirées d'autres faits connus. Elle se réalise par les présomptions de fait ou de l'homme ». Telle est la définition de MM. Planiol et Ripert (1). Cette définition se retrouve presque mot pour mot chez MM. Aubry et Rau (2). Elle satisfait la raison.

Elle ne se retrouve pas chez MM. Colin et Capitant : « Les présomptions simples sont des inductions que le juge fonde sur des *indices* quelconques qui lui sont signalés par les conclusions des par-

(1) Op. cit. T. VII. 1421.
(2) Traité de droit civil, 7e éd. T. XII, par. 749.

ties » (1). M. Pierre Garraud assimile également la preuve par présomption à la preuve par indices, c'est-à-dire par les signes apparents et probables qu'une chose est. Mais, par là, il est conduit à assimiler la présomption à certains procédés de preuve réglementés par la loi. Ce mouvement est en quelque sorte fatal. Tout ce qu'on peut dire, c'est que, d'après le Code civil, la présomption est un raisonnement. Or, un raisonnement a besoin de *données* et ces auteurs, qui veulent faire de la présomption un *mode,* un procédé, sont impuissants à définir en quoi il est autonome.

b) Une conception jurisprudentielle : on trouve évidemment des cas où l'analyse logique des procédés de preuve faite par le juge coïncide avec la définition posée par les civilistes. Coïncidence le plus souvent fortuite. La jurisprudence, en notre matière, tient que la preuve légalement administrée, c'est-à-dire, au fond, constituée en justice est une preuve proprement dite ; que la preuve administrée en dehors des formes prévues au Code de procédure civile, relativement aux incidents, constitue une présomption. La jurisprudence a manifestement retenu, à titre de présomptions, des dépositions à l'instruction ou devant des agents verbalisateurs de témoins directs du fait litigieux.

Réaction inattendue : la doctrine tient compte de cette conception, mais par voie de citation, et sans l'intégrer à la sienne, car alors la contradiction ne pourrait pas ne pas apparaître. MM. Planiol et Ripert citent précisément comme exemples de présomptions, celles que la jurisprudence tire ou qu'elle est supposée tirer d'enquêtes ou d'expertises irrégulières.

2° *Confusion de l'administration et de la force probante.* — En somme, la jurisprudence confond

(1) Op. cit. T. II. 482.

volontairement l'administration et la force probante. Cela se fait en deux temps : escamotage du procédé de preuve (nous avons vu plus haut que la jurisprudence se gardait le plus souvent de qualifier les pièces de procédure pénale en tant que procédés de preuve) ; escamotage des règles d'administration, qui s'est fait dès le moment où la Cour de cassation a employé l'argument *à fortiori* analysé ci-dessus. Interrogée sur l'administration, elle a répondu dans un nombre imposant de jugements et d'arrêts par le pouvoir du juge. Timide sur le terrain de la procédure, elle a revendiqué au contraire, en termes particulièrement énergiques, sa faculté de se décider sur de simples présomptions (voir encore Cassation req. 28 juil. 1936). La présomption a eu bon dos. Or, ici, nous croyons l'avoir démontré, on pouvait parfaitement s'en passer, ou du moins n'y faire appel que dans le cadre de la définition posée par les civilistes. Voilà pourquoi nous avons loué sans réserve l'arrêt de la Chambre des requêtes du 2 janvier 1940 précité. Il n'est pas tout à fait topique, en ce sens qu'il s'agit d'un procès-verbal de gendarmerie, pour la production duquel la jurisprudence de la Cour de cassation n'a jamais exigé de consentement. Mais il a le grand mérite de s'expliquer sur :

a) la production du procès-verbal aux débats, régulière donc autorisée par le Procureur général (« Attendu que le procès-verbal d'enquête de gendarmerie a été régulièrement produit aux débats ») ;

b) la contradiction, en tant qu'elle consiste à porter les pièces à la connaissance de l'adversaire, à les discuter, à solliciter et obtenir certaines mesures d'instruction (en l'espèce une enquête civile avait été ordonnée) ;

c) la condition de forme des jugements et arrêts (« attendu que la Cour d'appel constate... ») ;

d) la qualification du procédé de preuve, qui est appelé par son nom : un témoignage ; or, il y a toujours, nous l'avons démontré, un procédé de preuve, et ce procédé de preuve ne peut être une présomption ;

e) l'analyse logique de la preuve (le terme d'analyse se trouve dans les motifs), d'où résulte en l'espèce non une probabilité, une présomption, mais une preuve proprement dite ;

f) le pouvoir de décision du juge, pouvoir à juste titre qualifié de souverain.

3° *Rapport entre l'administration et la force probante.* — Si l'administration et la force probante ne sauraient être confondues, existe-t-il du moins entre elles quelque rapport ? Emporter la conviction du juge est le but final de tout procès. Assurer à cette conviction le plus de chances de conformité à la vérité, le but final des règles de procédure. Cependant :

a) Le pouvoir du juge et les règles de procédure qui, en notre hypothèse, *attachent bien à la preuve une présomption légale relative de conformité au réel,* comportent des sanctions différentes. Le juge s'est-il trompé ? S'il a jugé en dernier ressort sa décision est irrévocable. A-t-il violé les règles de procédure ? Sa décision encourt la censure de la Cour de cassation.

b) Il y a des cas, nous l'avons vu, où une preuve, constituée en dehors de toute règle d'instruction criminelle, peut être tenue pour équivalant à une preuve légalement administrée, et possède une valeur intrinsèque. Et si nous avons souhaité pour ces preuves mêmes un large octroi de la preuve contraire, c'est par surcroît de précaution.

c) Une preuve, même légalement administrée, peut être rejetée par le juge, tout au moins en matière de fait matériel. C'est ce qui arrive souvent au résultat des enquêtes civiles destinées à contrecarrer les informations criminelles officieuses ou officielles. Dans cette matière, où triomphe l'intime conviction, tout rapport est rompu entre l'administration et la force probante.

d) On peut rétorquer sans doute que la réciproque n'est pas vraie, et qu'une preuve non légalement administrée ne doit point pouvoir être prise par le juge pour base de sa décision. De fait, les tribunaux n'ont point dédaigné l'argument, et ont cru pouvoir y répondre. Comment ? Par la force probante, encore un coup, et non par l'administration. Ils ont été amenés ainsi à faire revivre plus ou moins consciemment un système de preuves légales en un domaine où ce système est décidément périmé (1), à opposer à la preuve par présomptions tirées de pièces de procédure pénale de soi-disant preuves formelles : « Attendu, dit la Cour de Bordeaux, qu'on ne saurait sans doute, pour la décision d'un procès, puiser dans une procédure criminelle, surtout lorsqu'une des parties au procès civil n'y a point figuré, une de ces preuves formelles, dont la loi règle les conditions et détermine l'autorité et la valeur ; mais qu'il en est autrement à l'égard des présomptions simples et purement humaines, etc., etc. » (2) ; à compter aussi les preuves plutôt qu'à les mesurer, autres réminiscences de conceptions dépassées. « Attendu, déclare la Chambre des requêtes, qu'en l'espèce la Cour d'appel a constaté que les procès-verbaux de gendarmerie dressés à la suite de l'accident avaient été régulièrement versés aux débats,

(1) V. cep. ce qui a été dit sup., p. 204, n. 1.
(2) Bordeaux, 21 juil. 1851. S. 1851.2.718.

avec l'assentiment du Procureur général et qu'ils avaient été contradictoirement discutés entre les parties ; qu'elle en a déduit avec raison qu'ils pouvaient servir à fonder sa conviction, alors qu'elle a fait aussi état du rapport de l'expert Allemane... » (1). On trouve ailleurs ce motif : « Attendu que ces documents (de la procédure pénale) ne font foi qu'en s'ajoutant à d'autres. » Mais c'était oublier les garanties de l'immédiateté de la preuve, ou les règles tout de même non négligeables du Code d'instruction criminelle. C'était oublier aussi les règles du Code de procédure civile qui auraient pu être suivies *à postériori*, qui souvent l'ont été en fait. Si bien que, si la loi civile n'était pas respectée dans sa lettre, elle aurait pu l'être et l'a souvent été dans son esprit.

Ce qu'on peut affirmer, c'est que l'oubli des règles de procédure dans leur lettre ou dans leur esprit pèse sur la décision des juges et peut être sanctionné ; qu'au contraire leur respect l'affranchit. Il leur donne une puissance discrétionnaire, une liberté véritablement souveraine. Alors, sans aucun doute, administration et force probante apparaissent sans rapport.

---

(3) Cass. req., 12 févr. 1935.

CHAPITRE III

FORCE PROBANTE ET ADMISSIBILITE

M. Mimin prétend qu'en faisant, dans certains cas, du consentement un élément de l'admissibilité, on a confondu l'admissibilité et la force probante. « Autre chose, écrit-il, est de décider si l'on admettra les pièces de procédure pénale et de savoir si ces pièces auront les vertus d'une preuve organisée conformément au Code de procédure civile. » La difficulté naît ici de la nécessité de procéder par analyse, alors que chez M. Mimin et dans la jurisprudence, admissibilité, administration et force probante s'enchevêtrent. Quoi qu'il en soit, la phrase laconique de M. Mimin, qui, lui aussi, parle des vertus, tout hypothétiques, de la preuve organisée conformément au Code de procédure civile, devait inspirer la jurisprudence récente. Aussi devions-nous nous y arrêter.

Le grief de M. Mimin contre les moyens des parties reprochant aux juges d'avoir admis les pièces pénales alors qu'elle n'y avaient pas consenti, ou même s'y étaient formellement opposées, à savoir la confusion de l'admissibilité et de la force probante, s'éclaire par le contexte. Pour M. Mimin le consentement n'est pas nécessaire *parce que* le dossier n'a pas les vertus d'une preuve organisée conformément au Code de procédure. C'est sensi-

blement le raisonnement de la jurisprudence repoussant le consentement. De là à dire que, pour la jurisprudence opposée (celle qui exige le consentement), ce consentement est nécessaire parce qu'on donne aux pièces pénales les mêmes vertus, la même force probante qu'aux preuves organisées suivant le Code de procédure civile, il n'y a qu'un pas.

Si telle était l'intention de cette jurisprudence, on ne saurait parler de confusion entre admissibilité et force probante. Pas plus que les parties, elle n'a confondu l'une et l'autre. Les plaideurs invoquant le défaut de consentement, ou leur opposition formelle, savaient parfaitement ce qu'ils voulaient. Ils n'étaient pas sans connaître que l'admission ou le rejet des pièces pénales pouvait avoir une influence décisive sur le sort du procès. Sans les confondre, *ils ont établi un rapport de cause à effet entre l'admissibilité et la force probante*. Or, les deux points de vue sont critiquables.

a) Critique du point de vue de M. Mimin. Sur le terrain de la force probante, les preuves organisées suivant les formes du Code de procédure n'ont d'autre valeur que celles que les juges croient devoir leur donner. Ne commettons plus en 1941 l'erreur de l'arrêt de 1851 parlant de ces preuves formelles dont la loi règle les conditions et la valeur. Sur le terrain de l'administration, nous avons vu justement que l'instruction du procès, telle que nous la concevons, et qu'elle a souvent lieu en fait, offre de suffisantes garanties. Nous avons vu, de plus, que les garanties de vérité à l'instruction, les seules auxquelles pense M. Mimin, n'étaient pas non plus négligeables.

b) Quant à la jurisprudence exigeant le consentement, si tant est qu'elle le rattache à la force

probante, elle est aussi critiquable. En tant qu'elle assimilerait la valeur démonstrative elle-même des pièces pénales à celles d'une preuve organisée conformément au Code de procédure elle serait tout à fait défendable. Le plus souvent, les présomptions ne sont qu'un mot, nous y avons déjà trop insisté. Mais en tant qu'elle sanctionnerait l'absence des garanties propres aux litiges d'ordre privé, nous avons déjà longuement expliqué pourquoi elle ne saurait selon nous se soutenir.

En fait, l'arrêt de la Cour de Toulouse du 19 mai 1939 dont nous avons déjà parlé (V. sup. p. 159), offre l'exemple d'une véritable confusion, et c'est sur cet exemple que nous terminerons ce dernier chapitre. La question posée par l'appelante était très nette. « Or, attendu que la dame Massot donne pour motifs à son opposition.... l'absence dans la procédure pénale des garanties dont l'administration de la preuve est entourée en matière civile, qui rendrait nécessaire le consentement de la partie contre laquelle une information serait produite. » La Cour était donc interrogée sur l'admissibilité, dans son rapport avec l'administration, et uniquement sous ce rapport. Or, elle commence par répondre par la force probante, sur laquelle elle n'était pas interrogée, et qu'elle disjoint de l'admissibilité, suivant en cela le conseil de M. Mimin qui recommande de ne pas confondre l'une et l'autre : « Attendu qu'il n'y a lieu d'envisager ici que l'admissibilité du moyen de preuve, et non sa force probante, car les divers éléments du dossier pénal communiqué au débat civil ne peuvent être retenus par le juge qu'à titre de présomption, et ne constituent pas par eux-mêmes une preuve. » Puis, dans l'attendu suivant, elle répond sur l'administration, alors que rien ne permettait plus de l'espérer : « Or, attendu qu'une semblable com-

munication, qui n'impose aucune restriction au libre exercice de la contradiction, ni aucune entrave à la liberté de la défense et qui laisse au plaideur la faculté d'apporter ses justifications et de solliciter toute mesure d'avant-dire-droit susceptible de contredire ou même d'anéantir les données de la procédure communiquée n'implique point, pour sa régularité, le consentement de la partie à laquelle est opposé le dossier communiqué. »

C'est dans ce motif que réside la véritable réponse à la question de l'appelante. Consentir à quoi ? N'oublions pas qu'il ne s'agit plus que de garanties futures. Le consentement deviendrait en quelque sorte ici un acquiescement *in limine litis* à une décision éventuellement entachée par la violation des règles de procédure, ou non équitable du fait du refus de mesures d'avant-dire-droit. Mais on peut se refuser à tenir pour nécessaire un consentement préalable ou pour efficace une opposition formelle également préalable, puisque, la décision rendue, la partie aura, *après coup*, la faculté d'acquiescer à la décision, ou encore d'y consentir, ou au contraire d'user contre elle des moyens normaux dont elle dispose, c'est-à-dire, suivant les cas, des voies de recours ordinaires ou extraordinaires que lui ouvre le Code de procédure civile.

CONCLUSION

Nous ne reviendrons pas, en cette place, sur les nombreuses questions que soulève la preuve civile par pièces de procédure pénale. Nous les avons sériées, soumises à l'examen, et nous avons proposé une réponse à chacune d'elles. Nous croyons cependant qu'il n'est pas inutile de résumer ici les idées auxquelles nous sommes parvenu, dans le courant de ce travail, touchant la nécessité du consentement de l'adversaire. Cette exigence de la Cour de cassation demeure le seul obstacle sérieux à la preuve civile par pièces de procédure pénale, étant donné le libéralisme dont font preuve les Parquets, dans l'octroi de l'autorisation. Cet esprit n'est pas incompatible avec l'examen sérieux des requêtes, dont nous avons donné une analyse, et que préconise la circulaire du Garde des Sceaux précitée. Rigueur dans l'examen, libéralité dans l'octroi peuvent aller de pair parce que les affaires terminées par un non-lieu et susceptibles de rebondissement sont l'infime minorité.

La Cour de cassation ne se référant à aucun texte, à aucun principe juridique, à aucune nécessité logique, on peut dire que son exigence est véritablement prétorienne. Les auteurs ont cherché à y voir soit un remède contre l'arbitraire des magistrats du Ministère public, soit une condition de la mainlevée du secret de l'instruction qui devrait rester inviolé, soit un palliatif à l'absence,

dans la procédure pénale,des garanties propres aux litiges d'ordre privé. A l'idée d'arbitraire des magistrats des Parquets, nous avons opposé le recours gracieux ouvert au plaideur qui prétend en être victime, tant en cas de refus d'autorisation que, selon nous, au cas d'octroi, et la prise à partie, possible, d'après nous, dans le premier cas seulement. Nous avons nié que le consentement pût et dût donner mainlevée du secret de l'instruction parce que, d'une part, ce secret n'a pas l'importance qu'on lui attribue ; que, d'autre part, maintenir ou lever le secret n'était point l'affaire des parties au procès civil ; qu'enfin, l'exigence du consentement ne pouvait reposer sur des raisons d'ordre public, puisque le moyen tiré de son absence ne pouvait être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. En troisième lieu, nous n'avons pas admis l'hypothèse du palliatif à l'absence, dans la procédure pénale, des garanties propres aux litiges d'ordre privé parce que ces règles spéciales sont en fait, dans leur essence, respectées dans le procès civil, et que, par ailleurs, si telle était bien la préoccupation de la Cour suprême, elle répudierait par là même sa conception de la présomption, si énergiquement et si fréquemment affirmée.

Ceci rappelé, il ne nous reste plus qu'à apporter à ce travail ses justifications dernières ; l'une, d'ordre méthodologique, a trait à sa structure même, l'autre, de nature philosophique, à l'opinion que nous y avons soutenue.

Le sujet une fois posé et limité, deux méthodes nous apparaissaient possibles : d'une part, concentrer l'attention sur un point particulier, celui de l'information close par une décision de non-lieu, puisque la solution de ce cas particulier diffère actuellement d'une juridiction à l'autre ;

d'autre part, traiter le problème général de la preuve civile par pièces de procédure pénale, sauf à insister au passage sur le sort singulier des instructions terminées par un non-lieu. Nous avons adopté ce deuxième procédé parce qu'avec la quasi-unanimité des auteurs, nous avons estimé que les explications du sort fait à ces dossiers n'étaient pas sans réplique.

La remarque d'ordre philosophique sur laquelle nous entendons clore cet ouvrage nous a été inspirée par une note de M. Bartin, sous un texte de M. Aubry et M. Rau (1) : « La preuve judiciaire... comme toute preuve historique ne peut conduire à une certitude absolue. » M. Bartin critique cette assimilation, — dans leur résultat relatif —, de la preuve historique et de la preuve judiciaire. Pour lui, il distingue la preuve au sens général et de pure logique, ou démonstration de la vérité d'une allégation, et ses variétés : la preuve historique et la preuve judiciaire. Ces deux variétés se ressemblent en ce qu'elles se ramènent à des inductions fondées sur le témoignage humain, et aussi en ce que les qualités d'esprit requises de l'historien s'apparentent à celles que doit posséder le juge. Mais elles diffèrent par les points suivants : d'un côté — preuve historique —, toute personne peut, par n'importe quel moyen s'adonner à des recherches dont elle choisit l'objet et l'étendue, se prononcer ou non sur elles, de façon provisoire ou définitive ; de l'autre — preuve judiciaire —, des autorités sont qualifiées pour donner obligatoirement un verdict, bientôt définitif, sur une question qui leur est soumise, imposée même dans son objet et dans son étendue par les parties, suivant des voies définies. Mais ces caractéristiques de la

(1) Cours de droit civil français, 5e éd., T. XII, p. 63, note 2 *bis*.

preuve judiciaire ne sont toutes réelles que « dans les contestations de droit privé ou administratif par opposition aux poursuites à fin de répression. » De sorte que la preuve pénale est, par sa liberté d'allure, bien plus proche de la preuve historique que ne l'est la preuve civile. Or, le fait matériel est lui-même un fait « historique », qui présente cette particularité accidentelle d'avoir été l'occasion ou la condition d'un droit. Nous trouvons donc un rapport de convenance entre la preuve et le fait. En écartant le consentement, nous avons donné à cette preuve une liberté plus grande encore. Nous croyons avoir satisfait le souhait général d'une vérité, sinon absolue, du moins dégagée d'entraves de caractère procédural et technique.

Vu : *Le Président de la Thèse :*
André BRETON.

Vu : *Le Doyen de la Faculté :*
CHAUVEAU.

Vu et permis d'imprimer :

Alger, le 24 *mars* 1941.

Le Recteur de l'Académie d'Alger :
G. HARDY.

BIBLIOGRAPHIE

André : *Le principe de la neutralité du Juge*, Thèse, Paris, 1909-1910.

Aubry et Rau : *Cours de droit civil français*, 5e éd.

Aubry, Rau et Bartin : *Traité de droit civil*, 7e éd.

Bonnier Ortolan : *De l'instruction préparatoire, du secret et de la publicité de cette instruction*, Thèse, Paris, 1872.

Calbairac : Note, G. P. 1938, 1, doctr., p. 24.

Camboulives : *Conclusions prises devant le Trib. civ. Seine*, 4 janv. 1937, G. P. 1937.1.199.

Colin et Capitant : *Cours élémentaire de droit civil français*, 7e éd.

Coquillard : *La vie judiciaire à Alger après* 1830. *Discours de rentrée de la Cour d'Appel d'Alger*, 2 oct. 1936.

Cuche : *Précis de procédure civile et commerciale*, 5e éd..

Dalloz : *Répertoire pratique*, éd. 1922.

Demogue : *Traité des obligations en général*.

Demontès : *L'action « ad exhibendum » en droit français moderne, essai sur le droit à la preuve*, Thèse, Paris, 1922.

De Moulins : *De la publicité et de la contradiction dans la procédure pénale*, Thèse, Paris 1921.

Duvergier : *Collection des Lois*.

Faustin Hélie : *Instruction criminelle*.

Frémicourt : *Les résultats de la loi sur la réforme de l'instruction criminelle*, Thèse, Lille, 1904.

Fuzier-Herman : *Nouveau Code civil annoté*, 1903-1905 ; *Code civil annoté*, éd. 1938.

Gardenat et Salmon-Ricci : *De la responsabilité civile des délits et quasi-délits*.

Garraud (Pierre) : *Précis de droit criminel*, 15e éd.; note sous Cass. req. 24 juil. 1924, S. 1924, 1. 369.

Garraud (René) : *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, éd. 1907 et 1929.

GILLET et DEEMOLY : *Analyse des circulaires du Ministère de la Justice*, 2e éd.

GLASSON : *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 2e éd.

GLASSON et TISSIER : *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e éd.

GOYET : *Le Ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique.*

GRIOLET : *L'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle.*

GROS : *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil et la notion de faute*, Thèse, Montpellier, 1928.

HÉBRAUD : *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Thèse, Toulouse, 1929.

HUGUENEY : *Article à la Rev. Crit.*, 1927, p. 349, n° 2.

LALOU : *La responsabilité civile*, 2e éd.

LE BALLE : *Des conventions sur les procédés de preuve en droit civil*, Thèse, Paris, 1923.

LEGRIS : *Conclusions prises devant la Cour de Paris*, 12 févr. 1923, G. P. 1923.1.392.

LE POITTEVIN : *Dictionnaire-formulaire des Parquets et de la Police judiciaire*, éd. 1928; *Journal des Parquets*, 1893, 1re partie, p. 50 et s., p. 56 et s.; Code d'instruction criminelle annoté, 1911-1915.

LE POITTEVIN et SAINT-LAURENS : *Dictionnaire-formulaire des Parquets et de la Police judiciaire*, éd. 1938.

LOUBAT : *Note sous Trib. civ. de Nice*, 19 mai 1909, D. 1910.2.169.

MARIOTTE : *Le principe inquisitoire*, Thèse, Paris, 1902.

MAZEAUD : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, éd. 1939.

MIMIN : *Note sous Trib. civ. de la Seine*, 4 janv. 1937, D.

MIMIN : *Note sous Trib. civ. de la Seine*, 4 janv. 1937, D. 1937.2.20 ; *L'interrogatoire par le Juge d'instruction*, éd. 1936.

NEIGER : *L'influence de la chose jugée au criminel sur le procès civil en matière de responsabilité délictuelle*, Thèse, Paris, 1929.

PLANIOL et RIPERT : *Traité de droit civil*, 7e éd.

REY : *Conclusions prises devant la Cour de Paris*, 16 mai 1935, G. P. 1935.2.276.

SCIOREANO : *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, Thèse, Paris, 1920.

SOURDAT : *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 6e éd.

TISSIER : Note sous Trib. civ. de Nice, 19 mai 1909, D. 1910.2.169.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

INTRODUCTION 9

PREMIERE PARTIE

Position et limites du sujet 15

CHAPITRE I^er^. — POSITION DU SUJET 15

SECTION 1^re^. — *Les éléments de preuve recueillis et les décisions rendues par les autorités qualifiées* 16

Par. 1^er^ : Les officiers de police judiciaire 17

Par. 2 : Les autorités de poursuite 18

Par. 3 : Les autorités d'instruction 19

Par. 4 : Les autorités de jugement 21

SECTION 2^me^. — *L'action portée devant la juridiction civile.* 25

Par. 1^er^ : Les actions en réparation de dommages 25

1° Objet des actions en réparation de dommages ... 26

2° Hypothèses dans lesquelles se pose la question de la preuve civile par pièces de procédure pénale 26

A décès du prévenu 27

B chose jugée 29

C amnistie 37

D prescription 39

E abrogation de la loi qui prévoyait l'infraction. 40

3° La règle : le criminel tient le civil en état et la production des pièces de procédure pénale 41

Par. 2 : Les actions privées ou à fins civiles 43

1° Objet des actions privées ou à fins civiles 43

2° Les causes d'extinction de l'action publique 44

3° La règle : le criminel tient le civil en état 45

CHAPITRE II. — LES LIMITES DU SUJET 47

SECTION 1^re^. — *Limites relatives aux éléments de preuve.* 48

Par. 1^er^ : Les archives des parquets 48

Par. 2 : Les archives des greffes des juridictions répressives de droit commun 49

PAGES

SECTION 2me. — *Limites relatives aux actions portées devant la juridiction civile* 50

Par. 1er : Limites relatives à la nature des actions..... 50
Par. 2 : Limites relatives à la nature de la juridiction.. 51

DEUXIEME PARTIE

Le sujet considéré dans ses rapports avec l'organisation des juridictions répressives et l'instruction criminelle 53

TITRE Ier

L'autorisation du Ministère public 57

CHAPITRE Ier.— LA NATURE JURIDIQUE DE L'AUTORISATION. 59

SECTION 1re. — *Les caractères généraux de l'autorisation.* 60

1° L'autorisation doit être préalable 60
2° L'autorisation doit être spéciale 61
3° La nécessité de l'autorisation repose sur l'ordre public 63

SECTION 2me. — *L'autorisation acte d'administration judiciaire ou acte juridictionnel* 65

Par. 1er : L'autorisation, simple acte d'administration judiciaire 65
Par. 2 : Le droit d'autorisation, conséquence du droit de surveillance des greffes..... 66
Par. 3 : Le droit d'autorisation, conséquence des droits généraux de surveillance des autorités et des procédures d'instruction conférés au Procureur général par les art. 271 et s. du C. I. C..... 67
Par. 4 : L'autorisation acte juridictionnel 68

CHAPITRE II. — L'AUTORITÉ COMPÉTENTE..... 75

SECTION 1re. — *Les greffiers* 75

SECTION 2me. — *Les juridictions civiles*..... 75

Par. 1er : Le compulsoire 77
Par. 2 : L'injonction aux greffiers 78

CHAPITRE III. — LES FORMALITÉS AUTORISÉES..... 81

SECTION 1re. — *Les expéditions ou copies* 83
SECTION 2me. — *Les simples notes* 84
SECTION 3me. — *Les originaux* 86

PAGES

CHAPITRE IV. — Les pièces de procédure pénale sur lesquelles porte l'autorisation.... 89

Section 1re. — *Les précédents* 89

Par. 1er : Les arrêts ou jugements définitifs..... 90
Par. 2 : Les autres pièces de la procédure..... 92

Section 2me. — *Les décrets du 5 octobre 1920 et 28 décembre 1935* 95

Par. 1er : Première étape : Le décret du 5 octobre 1920.. 95
Par. 2 : Deuxième étape : Le décret du 28 décembre 1935 98

CHAPITRE V. — L'autorisation et le consentement.. 101

TITRE II

Le secret de l'instruction 107

CHAPITRE Ier. — L'état de la jurisprudence..... 108

Section 1re. — *Jurisprudence des tribunaux et cours d'appel* 108

Section 2me. — *Jurisprudence de la Cour de cassation*.... 110

CHAPITRE II. — Nature et fondement du secret de l'instruction 117

Section 1re. — *Rappel de la conception classique du secret.* 117

Section 2me. — *L'importance réelle du secret de l'instruction* 120

CHAPITRE III. — Champ d'application du secret..... 125

CHAPITRE IV. — Les conséquences du secret de l'instruction 129

Section 1re. — *Les conséquences fortuites du secret*..... 129

Section 2me. — *Critique de la théorie de M. Calbairac*.... 130

CHAPITRE II. — Incompatibilité du consentement et du secret 135

Section 1re. — *La thèse de M. Camboulives. Sa critique.* 135

Section 2me. — *Expression et nature du consentement. Incompatibilité du consentement et du secret* 137

PAGES

TROISIEME PARTIE

Le sujet considéré dans ses rapports avec le droit et la procédure civile 143

INTRODUCTION 143

TITRE Ier

Admissibilité en preuve des pièces de procédure pénale 149

CHAPITRE Ier. — NATURE DU FAIT A PROUVER ET DE LA PREUVE A FOURNIR 149

SECTION 1re. — *Nature du fait à prouver*..... 149

SECTION 2me. — *Nature de la preuve à fournir*..... 151

CHAPITRE II. — ETUDE SOMMAIRE DE LA JURISPRUDENCE EN TANT QU'ELLE FAIT RESSORTIR UN LIEN ENTRE LA NÉCESSITÉ DU CONSENTEMENT ET LES RÈGLES DE PROCÉDURE..... 155

TITRE II

Neutralité ou action d'office du juge et production du dossier par le Ministère public..... 163

SECTION 1re. — *Neutralité ou action d'office du juge*.... 163

SECTION 2me. — *La production par le Ministère public*.... 167

Par. 1er. : Le Ministère public partie jointe..... 168
Par. 2 : Le Ministère public partie principale..... 169

TITRE III

Administration de la preuve par pièces de procédure pénale 173

CHAPITRE Ier. — LES GARANTIES OCTROYÉES AUX PARTIES A L'INSTRUCTION ET A L'AUDIENCE DES AFFAIRES CIVILES 174

SECTION 1re. — *Les garanties à l'instruction. Art. 77 et s. Code proc. civ*..... 175

Par. 1er : La question de fond..... 175
Par. 2 : La question de forme 179

SECTION 2me.— *Les garanties à l'audience. Art. 85 C. pr. civ.* 180

PAGES

CHAPITRE II. — LES GARANTIES RÉSULTANT DES INCIDENTS SUR LA PREUVE 183

SECTION 1re. — *Les incidents sur la preuve et l'exercice réel de la contradiction* 184

Par. 1er : Le recours aux incidents 184
Par. 2 : Le fardeau de la preuve..... 188

SECTION 2 °. — *Les garanties pénales et les garanties propres aux litiges d'ordre privé dans l'administration de la preuve* 190

Par. 1er : Les moyens de preuve et l'analyse logique de la preuve par pièces de procédure pénale.... 190
Par. 2 : Etude rapide comparée de l'administration pénale et civile de la preuve..... 194

TITRE IV

La force probante des pièces de procédure pénale. 203

CHAPITRE Ier. — LE POUVOIR DU JUGE 205

CHAPITRE II. — FORCE PROBANTE ET ADMINISTRATION.... 209

1° Les conceptions de la présomption..... 209
2° Confusion de l'administration et de la force probante 210
3° Rapport entre l'administration et la force probante 212

CHAPITRE III. — FORCE PROBANTE ET ADMISSIBILITÉ.. 215

CONCLUSION 219

BIBLIOGRAPHIE 223

TABLE DES MATIERES 225